جـامعـة الأزهـــر
كلية الشريعة والقانون بدمنهور

القواعـد الفقهيـة

دراسة تفصيلية

أ . د / صالح محمد عبد الهادى



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــة :

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على خـــاتم الأنبيـــاء والمرسلين سيدنا محمد صلى الله عليه وســـلم المبعــوث رحمـــة للعاملين وعلى آله الطيبين الطاهرين وأصحابه البررة المكرميـــن وبعد ...

فإن الإسلام هدية الله وهدايته لبنى البشر مـــن أجـــل فلاحـــهم وسعادتهم فى الدنيا والآخرة وقد أتم الله به النعمة وأسبغ به المنـــة وأكمله وارتضاه لخلقه قال تعالى : " الْيَوْمَ أَكْمَلْـــتُ لَكُـــمْ دِينَكُـــمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الإِسْلاَمَ دِيناً " [1] ؛ فالإســـلام هو نبع الخير الصافى ، والنور الـــهادى ، والرحمـــة الشـــاملة ، والحب الطاهر ، والحنان الإلهى ، والعطف الربانى على البشـــرية كلها ، يغمرها برقة العواطف وإرهاف المشاعر ورقى المـــدارك وسمو الروح وقد تجسدت هذه المعانى فى بعث سيدنا محمد صلى الله عليه وسلم وإرساله للناس كافة رحمة مهداه ونعمة مسداة قـــال

---

[1] سورة المائدة من الآية ٣

تعالى " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ " [١] وقال تعالى : " قَدْ جَاءَكُمْ مِنَ اللَّهِ نُورٌ وَكِتَابٌ مُبِينٌ * يَهْدِي بِهِ اللَّهُ مَنِ اتَّبَعَ رِضْوَانَهُ سُبُلَ السَّلامِ وَيُخْرِجُهُمْ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ بِإِذْنِهِ وَيَهْدِيهِمْ إِلَى صِرَاطٍ مُسْتَقِيمٍ " [٢] .

ولقد تناول الفقه الإسلامى فى حياة الإنسان من مهده إلى لحده ، وهذا الفقه هو قبس من نور الحق ، ومنهج ربانى قويم لبناء الفرد السليم فى حسه ونفسه ومادياته ومعنوياته ، ولقد قيض الله لهذا الفقه رجالا حملوا مشاعل للنور تظل مضيئة ما دام الإيمان يعمر القلوب ٠٠٠ هؤلاء الصالحون المصلحون الذين وعدهم الله بوراثة الأرض يوم حققوا فى أنفسهم الخلافة الحقة عن الله فى هذا الوجود فكانت حضارات وأمجاد يعتز بها ويقتفى أثرها الأبناء ويحذوا حذوها الأحفاد.

وقد تسلح الفقهاء وهم معركة الفقه والفهم عن الله عز وجل بكل سلاح قبسا من النور الإلهى الذى أنزله قيوم السماوات والأرض على حبيبه ومصطفاه عليه أفضل الصلاة وأذكى التسليم ٠٠٠ وبعد

---

[١] سورة الأنبياء الآية ١٠٧

[٢] سورة المائدة : الآيات ١٥ ، ١٦

فإن القواعد الفقهية ثمرة فكر ثاقب وتوفيق من الله كامل ، تساعد الفقيه على الإحاطة والعلم بجزئيات كل قضية والأشباه والنظائر التى تدخل تحت قضية كلية أو قاعدة فقهية .

وهذا الكتاب هو دراسة للقواعد الفقهية من حيث النشأة والتدوين والتطبيق ، والحق أن القواعد أكبر من أن يحيط بها دارس ولكن يجب على كل طالب أن ينهل من نبعها الصافى وأن يستضئ بنورها الهادى حتى نفقه مراد الله عز وجل فى الأمر والترك والحلال والحرام وكل ما كان موضع اشتباه وتردد بينهما .

لقد قعَّد الفقهاء القواعد ووضعوا الضوابط لنقيم على أساسها المتين دعائم المجتمع الكريم من تعاون وتكافل وقوة وعدالة وعزة وكرامة وأخوة ومحبة . وختاما أسأل الله العلى القدير أن يجعل عملى هذا خالصا لوجهه الكريم وأن يهئ لى من أمرى رشدا وأن يجنبنى العثار والزلل فى القول والعمل وأن يوفقنى إلى خدمة الفقه الإسلامى فمنه سبحانه العون وإليه المرجع والمصير وأخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين .

أ . د . صالح محمد عبد الهادى

مصر الجديدة فى غرة رمضان المعظم :١٤٢٧

المقدمة : وتتضمن فصلين :

الفصل الأول :

أ – تعريف القاعدة لغة واصطلاحا .

ب – الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهى .

جـ – الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية .

د – الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية .

هـ – الفرق بين الأشياء والنظائر ونحو ذلك .

و – الفرق بين الأشباه والنظائر والفروق الفقهية .

الفصل الثانى :

أ – لمحات تاريخية عن نشأة القواعد الفقهية وتدوينها .

ب – أهم كتب القواعد عند المذاهب الأربعة .

جـ – بيان أهم القواعد الفقهية ومناهج المصنفين فيها .

د – المنثور فى القواعد للزركشى .

الفصل الأول
تعريف القاعدة

التعريف اللغوى :

تطلق القاعدة فى اللغة على معان متعددة لكنها كلها تحـوم حـول معنى واحد هو الأصل والأساس ، جاء فى لسان العرب القاعدة أصل الأس والقواعد الأساس وقواعد البيت أساسه ، وفى التنزيـل الحكـيم " وإذا يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل " وفيـه " فـأتى الله بنيانها من القواعد " [١] . فالقاعدة فى هاتين الآيتين الكريمتين بمعنـى الأساس وهو ما يرفع عليه البنيان .

والقواعد من النساء جمع قاعدا وهى المرأة الكبيـرة المسـنة[٢] ، وسميت قاعدا لأنها قعدت عن الحيض والولد . قال الزجاج فى تفسير قوله تعالى " وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ " [٣] وهن اللاتى قعدن عن الأزواج . وقواعد السحاب أصولها المعترضة فى أفاق السماء شـبهت بقواعـد البناء . وهكذا فالمعنى العام الذى تدور حوله الاسـتعمالات اللغويـة لكلمة قاعدة هو الأصل والأساس سواء كان ذلك الحسيات كما مـر أو فى المعنويات كقواعد الإسلام وقواعد العلم وغير ذلك ومن ثـم فـإن

---

[١] لسان العرب لابن منظور مادة " قعد " ... ٣ / ٣٦١

[٢] النهاية فى غريب الحديث لابن الأثير ص ٣ /٢٦٦

[٣] سورة النور آية ٦٠

قواعد الفقه لن تخرج عن هذا المعنى العام فهى أصوله وأساسه التـــى تبنى عليها فروعه وجزئياته المتعددة التى لا تتناها ، وقد جاء عن كل من أبى البقاء الكوفى والإمام الشوكانى إنهما معان لأصل القاعدة [١]

تعريف القاعدة فى الاصطلاح :



فهى قضية منطقية كلية على جميع جزيئاتها [٢] وعرفها أبو البقـــاء الكفوى بقوله القاعدة اصطلاحها قضية كليه من حيث اشتمالها بـــالقوة على أحكام جزيئات موضوعها [٣] وعرفها التفزانى فى التلويح : بأنها حكم كلى ينطبق على جزيئاته ليتعرف أحكامها منه [٤] .

وإذا تتبعنا تعريفات كثير من الأصوليين وجدناها لا تخرج من عن التعريفات السابقة . هذا إذا كان الحكم فيها مبنيا على أن تكون القاعدة جامعة لما تحتها من فروع ، أما إذا كانت القاعـــدة لا تنطبـــق علـــى الجميع بل على المجموع أى على الأكثر لا على الأقل فقد راعوا فـــى القاعدة ما يستثنى منها فقد عرفوها بتعريف أخر يدل على ذلك ومـــن أولئك الذين أخذوا فى اعتبارهم هذه المستثنيات عند تعريـــف القاعـــدة الشيخ تاج الدين السبكى رحمه الله فقد قال فى تعريفها هى الأمر الكلى

---

(١) انظر إرشاد الفحول ص ٣ / وكليات أبى البقاء ص ١٢٢

(٢) الجورجانى كتاب التعريفات ص ١٧١ باب القاف .

(٣) كلمات أبى البقاء الحسينى حرف قاف ص ٤٨

(٤) انظر التلويح على التوضيح جـــ١ ص ٢٠

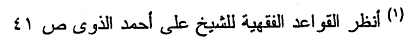
الذى ينطبق على جزيئات كثيرة تفهم أحكامها منه [١] .



ويقول الحموى شارح الأشباه والنظائر لابن نجيم أن القاعدة عند الفقهاء غيرها عند النحاة والأصوليين إذ هى عند الفقهاء حكم الأكثرى: لا كلى ينطبق على أكثر جزيئات لتعرف أحكامها [٢] ، وعرفها بعض العلماء بأنها قول موجز بليغ فى قضية كلية تندرج تحتها أكثر جزأياتها بمعنى أن الفروع التى يتدرج تحتها فى ازدياد مستمر بحسب متطلبات العصر ومقتضيات الأحوال والظروف والملابسات بحيث تلبى القاعدة حاجة الفقهية فى التعرف بسهولة على حكم الله فيما جد ويجد من الجزئيات المندرجة تحت القاعدة إذ ما من صغيرة ولا كبيرة تحتاج إليها الناس فى شئون دينهم ودنياهم إلا شملها التشريع الحكيم ووسعها بيانه وقد بُنيت القواعد الفقهية على الإيجاز البليغ لتحفظ وكلما كانت أو جزء فى العبارة وأبلغ فى الدلالة وجد الفقيه يسرا فى استيعابها وحفظها [٣] .

الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهى :

أن القاعدة الفقهية أعم من الضابط الفقهى ، قال العلامة ابن نجيم أن الفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهى أن القاعدة تجمع فروعا







[١] أنظر القواعد الفقهية للشيخ على أحمد الذوى ص ٤١

[٢] غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر جـ١ ص ٢٢

[٣] أستاذ د./ محمد بكر إسماعيل فى القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه ص ٧

من أبواب شتى والضابط الفقهى يجمعها من بـاب واحـد هـذا هـو الأصل [1] ولقد قال الإمام السيوطى القاعدة تجمع فروعا من أبـواب شتى والضابط يجمع فروع باب واحد [2] .

والذى نراه أن دائرة القاعدة الفقهية تتبع لتشمل كثيرا من الفـروع والجزئيات التى هى من أبواب متعددة وجهات مختلفة مـن العبـادات والمعاملات كقاعدة المشقة تجلب التيسير والضـرر يـزال والأمـور بمقاصدها وغيرها . أما الضابط الفقهى فدائرته لا تتسـع أكثـر مـن الجزئيات والفروع التى تندرج فى باب واحد أو فى جزء مـن بـاب كقول الفقهاء مثلا " الطهارة الصغرى تدخل فى الطهارة الكبرى " ومن ثم كانت القاعدة الفقهية أعلى مرتبة من الضابط الفقهى .

من الأمثلة التوضيحية للتفريق بين القاعدة والضابط ما رواه عبـد الله بن عباس رضى الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنـه قال " أيما إيهاب دبغ فقد طهر " [3] . فهذا الحديث يمثل ضابطا فقهيـا فى موضوعه وهو الطهارة يغطى بابا مخصوص من أبوابها ودبـاغ الجلد منعه من الفساد وقد روى عن إبراهيم النخعى ما يدل على ذلـك

---

[1] الأشباه والنظائر ص ١٩٢

[2] المرجع السابق

[3] الحديث أخرجه الترمذى وقال حسن صحيح

هو قوله " كل شئ منع الجلد من الفساد فهو دباغ [1]

فالحديث ضابط للحكم والأثر المروى عن النخعى ضابط لحقيقة الدباغ وبيان له فكل مثال من الأمثلة يختص بباب معين وليس فى مرتبة القواعد التى تجمع فروعا مختلفة من أبواب شتى فهو ضابط فقهى . أما القاعدة فهى مثل قولها الأمور بمقاصدها ، اليقين لا يزول بالشك وغير ذلك من القواعد فهذه تشمل أبوابا كثيرة من أبواب الفقه ، والضابط يختص بباب واحد من أبوابه . وإن كان بعض الفقهاء أحيانا لا يهمهم التفريق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهى فيطلقون لفظ القاعدة على الضابط ويعتبرون كل ذلك نوعا من أنواع القاعدة ومرتبة من مراتبها . فتاج الدين السبكى مثلا نراه يقسم القاعدة الفقهية من حيث مرتبتها إلى قسمين . قسم يشمل أبوابا كثيرة وقسم يشمل بابا واحدا . ثم يعدل عن تسمية القسم الثانى من قاعدة إلى تسميته ضابطا . يقول التاج السبكى متحدثا عن ذلك " ومنها ما لا يختص بباب " كقولنا اليقين لا يزول بالشك ومنها ما يختص كقولنا " كل كفارة سببها معصية فهى على الفور " والغالب فما اختص بباب وقصد به نظم صورة متشابهة أن يسمى ضابطا [2] .

والخروج من هذا الأشكال والحيرة فى التفريق أو عدم التفريق بين

---

[1] كتاب الآثار لأبى يوسف ص ٢٣٢

[2] المواهب السنية ص ٢٨

القاعدة الفقهية والضابط الفقهى يجرنا إلى الحديث عن أنواع القاعدة الفقهية ، وهل فعلاً للقاعدة الفقهية أنواع منضبطة ومحددة أم لا ؟ وإجابة على هذا فالناظر فى هذه الثروة الضخمة من القاعدة الفقهية يجد أنها أنواع كثيرة جداً ، فمن حيث مضمونها وتفاوت بعضها مع البعض الآخر نجد أن منها ما يشمل معظم الفروع الفقهية كالأمثلة السابقة ومنها ما يشمل جزءا كبيرا من هذه الفروع والجزئيات مثل قاعدة " إذا زادت العلة زاد الحكم " و " إذا زال المانع عاد الممتنع " وغيرها ومنها ما يشمل قسما كاملا من الأقسام الكبرى للفقه كقسم العبادات مثلا ومن قواعد هذا النوع قول بعض الفقهاء " لا قياس فى العبادات " ومنها ما يشمل جزءا أضيق من ذلك كقواعد العقود وقواعد الملك وقواعد الحق وقواعد الضمان وغير ذلك ، ومنها ما يشمل جزءا ضيق من ذلك لقواعد الحدود وقواعد الإرث وغيرها ومنها ما يشمل أضيق من ذلك لقواعد الكفارة وغيرها وهكذا دواليك .

ومن حيث صلة بعضها ببعض نجد أمن منها القواعد الأساسية التى هى أصل لغيرها ولا تتفرع هى عن غيرها كقاعدة " الضرر يزال " وأن منها القواعد الفرعية التى تفرع عن غيرها وتكون قيدا لها أو تكملة وتفسيرا لها كقاعدة " الضرر لا يزال بالضرر " وهكذا .

وانطلاقا من ذلك يتضح لنا أنه من الصعب حصر القاعدة الفقهية فى أنواع وأصناف محدودة لا من حيث طبيعتها ولا من حيث مراتبها

ولذلك اكتفى الفقهاء بتسميتها قواعد فقهية كلية كما رأينا عند القرافى دون وضع أنواع لها لعسر ذلك وصعبوته .



ومن ثم نستطيع الخلوص إلى أنه لا داعى للتفريق بين القاعدة والضابط ما دام الضابط يمثل مرتبة من مراتب القاعدة اللهم إلا أن يراد بالضابط ما دون القاعدة الكلية من التعريفات الموجزة التى تنظم فى كل منها مجموعة من الأحكام قصد التمييز بينهما وبين غيرها .

والحاصل أن " الكلية " معنى يمثل روح القاعدة الفقهية وركنها وماهيتها وحقيقتها التى تقوم بها ، فمثلا ما وجدنا هذه الكلية فى عبارة من العبارات الفقهية فهى قاعدة فقهية ولا علينا حينئذ أن يسميها البعض ضابطا فقهيا إذا لا مشاحة فى الإصطلاح والعبرة بالمعنى لا باللفظ .

الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية :

اتضح لنا مما تقدم أن القواعد الفقهية هى تلك الأصول التى تنتظم فى كل منها مجموعة من الفروع والجزئيات انتظاما يمنع خروج بعض الفروع والجزئيات عن أحكامها ولكن هذه الخروج قد يحدث فيه الاستثناء فتخلق عن القاعدة .





أما النظرية الفقهية فهى أولا مشتقة من النظر وهو فى اللغة تأمل الشئ بالعين أو بالعقل أو بهما معا .

والنظرية العلمية : قضية تثبت بالبرهان وجمعها نظريـــات وهـــى عبارة عن طائفة من الآراء تفسر بها بعض الوقائع العلمية أو الفنيـــة تقوم على ربط النتائج بالمقدمات هذا هو معنى النظرية بوجه عام .



أما النظرية الفقهية : فإنها أعم من القاعدة وأشمل فهى عبارة عـــن موضوعات فقهية لها أركان وشروط ويجمع بينهـــا روابـــط فكريـــة تجمعها وحدة موضوعية تحكم عناصرها جميعا وذلك كنظرية الملكية ونظرية العقد ونظرية الإثبات وقواعد الضـــمان وقواعـــد الخيـــارات وغيرها .

وفى الحقيقة أن النظرية العامة ودراسة الفقه الإسلامى فى نطاقهـــا أمر مستحدث استخلصه العلماء المعاصرون الذين جمعوا بين دراســـة الفقه الإسلامى ودراسة القانون الوضعى خلال احتكاكهم وموازنـــاتهم بين الفقه والقانون ، وبوبوا المباحث الفقهية على هذا الـــنمط الجديـــد ويمكن أن نُعرف النظرية العامة الفقهية بأنها موضوعات فقهية مشتملة على مسائل فقهية لها أركان وشروط وأحكام تقوم بين كل منها صـــلة فقهية تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا [1] .

---

[1] يقول الدكتور عبد الرازق السنهورى عند تفضيله لنظريـــة العقـــد " أن الفقـــه الإسلامى فى مراجعة القديم لا توجد فيه نظرية عامة للعقد بل هو يســـتعرض العقود المساه عقدا عقداً وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة للعقـــد مـــن

والاختلاف الأساسى بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية يــتلخص فى أمرين :

١- القاعدة الفقهية تتضمن حكما فقهيا فى ذاتها ، وهذا الحكــم الــذى تتضمنه القاعدة ينتقل إلى الفروع المندرجة تحتها . فقاعدة " اليقين لا يزول بالشك " تضمنت حكما فقهيا فى كل مسألة اجتمع فيها يقين وشك وهذا بخلاف النظرية الفقهية فإنها لا تتضمن حكما فقهيا فى ذاتها كنظرية " الملك والفسخ والبطلان "

٢- القاعدة الفقهية لا تستمل على أركان وشروط بخــلاف النظريـــة الفقهية فلا بد لها من ذلك [١] .

ويمكن أن ندرك مجموعة من القواعد الفقهية التـــى تختلــف فـــى فروعها وجزئياتها وآثارها ، ولكنها قد تنقسم بصـــفة عامـــة ومزايـــا مشتركة أة تتخذ فى موضوعها العام تحت نظرية معينة علـــى ســـبيل المثال القواعد التالية :

١- العادة محكمة (م / ٣٦)

٢- استعمال الناس حجة يجب العمل به (م / ٣٧)

بين الأحكام المختلفة لهذه العقود المساه فيقف عند الأحكام المشتركة التى تسرى على الكثرة الغالبة فى هذه العقود . مصادر الحق جــ٦ ص ١٩ ، ٢٠

[١] أستاذنا الدكتور أبو سنه " النظرية العامة للمعاملات الشريعة الإسلامية ص٤٤

٣- لا يمكن تغير الأحكام (المبينة على المصـــلحة أو العــرف) بتغير الزمان (م / ٣٩)

٤- إنما تعتبر العادة إذا طرُدت أو غلبت (م / ٤١)

٥- المعروف عرفا كالمشروط شرطا (م / ٤٣)

٦- المعروف بين التجار كالمشروط بينهم (م / ٤٤)

٧- التعين بالعرف كالتعين بالنص (م / ٤٥)

فهذه المجموعة من القواعد الفقهية المعروفة بغض عــن الفــروع والجزئيات المختلفة تحت كل منها يمكن أن نضعها جميعا تحت عنوان " نظرية العرف " فإن العرف هو الطابع الغالب على جميع هذه القواعد المذكورة وعلى هذا الطراز بعد الدقة والتأمل ، ويمكن أن نجمع كثيرا من تلك القواعد تحت قواعد كبرى معينة أو نظريات معينة والله أعلم .

وبعد هذه الجولة القصيرة يسوغ لنا أن نقول أن لكل من النظريــة العامة والقاعدة الفقهية خصائص تتميز بها كل منها عن الأخرى فــإذا كانت النظرية العامة تشمل جانبا واسعا من الفقه الإسلامى ومباحثــه وتشكل دراسة موضوعية مستقلة لذلك الجانب فإن القاعدة الفقهية تمتاز بإيجاز فى صياغتها لعموم معناها وسعة واستيعابها للفروع الجزئيــة من أبواب مختلفة .

الفرق بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية :

تقدم تحديد معنى القاعدة الفقهية بما فيه الكفاية ، أما القواعد الأصولية فهى تلك المبادئ والمباحث اللغوية التى تكون منهاجاً يعتمد عليه الفقيه فى استنباط الأحكام من النصوص الشرعية الناشئة عن الألفاظ العربية ، وما يعرض لتلك الألفاظ من النسخ والترجيح ونحو الأمر للوجوب والنهى للتحريم ونحو ذلك .

ونستطيع أن نميز بين القاعدة الفقهية والقاعدة الأصولية بثلاث أمور .

الأول : أن علم أصول الفقه يعنى بالنظر فى مصادر الأحكام وحجتها ومراتبها فى الاستدلال بها وشروط هذا الاستدلال ويضع مناهج الاستنباط والقواعد المعينة على ذلك . أما القواعد الفقهية فهى قضايا كلية أو أكثرية مشتملة على أسرار الشرع وحكمه لكل قاعدة من الفروع فى الشريعة .

الثانى : أن القواعد الأصولية قواعد كلية تنطبق على جميع جزئياتها وموضوعاتها أما القواعد الفقهية فإنها أكثرية لها مستثنيات تقل فى بعضها وتكثر فى بعضها .

الثالث : أن قواعد الفقه مبينة على قواعد الأصول وذلك لأن الأصولى

يستنبط الأحكام من أدلتها التفصيلية وفق قواعد يقينية لا يختلف عليها اثنان ثم يقون الفقيه بتحصيل المسائل الفقهية من هذه القواعد الأصولية ويقسمها إلى أبواب وفصول ثم يجعل لكل باب ضوابط تجمع شتات مسائله لاشتراكها جميعا فى العلة ويضع القواعد للأبواب المختلفة كى يستعين بها الدارسون لإعطاء كل مسألة من المسائل الشرعية حكمها اللائق بها ، فعلم أصول الفقه بالنسبة للفقيه ميزان وضابط للاستنباط الصحيح شأنه فى ذلك شأن علم النحو لضبط النطق والكتابة وقواعد هذا الفن هى وسط بين الأدلة والأحكام .

ثمرة القواعد الفقهية :

وهى خصائص تتميز بها هذه القواعد فى الأمور الآتية :

١- الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة بحيث تكون القاعدة وسيلة لمعرفة الأحكام المندرجة تحتها .

٢- تدل على أن الأحكام المتحدة العلة مع اختلافها محققة لجنس واحد من العلل وهى بالتالى محققة لجنس واحد من المصالح .

٣- القواعد الفقهية تخدم المقاصد الشرعية العامة والخاصة وتمهد الطريق للوصول إلى أسرار الأحكام وحكمها .

ولذلك لا غرابة فى أن نجد الإمام القرافى يعلى من شأنها ويشيد

بمكانتها فى الفقه وفى علم الفروع ، وأن الفقيه والمفتى هو بـدونا لا شئ وأنه بها هو كل شئ ، ويقول رحمه الله وهذه القواعد مهمة فـى الفقه عظيمة النفع وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه ويشرف ويظهر رونق الفقه ويعرف وتتضح مناهج الفتوى وتكشف فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء ، وحاز قصب السبق من فيها برع ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية تناقضت على الفـروع واختلفت وتزلزلت خواطره فيها واضطربت وضـاقت نفسـه لـذلك واحتاج إلى حفظ الجزئيات التى لا تتناهى وانتهى العمر ولـم تصـل نفسه فى طلب مناها ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثـر الجزئيات لاندراجها فى الكليات واتحد عنده ما تنـاقض عنـد غيـره وتناسب وأصاب الشاسع البعيد وتقارب وحصـل طلبـه فـى أقـرب الأزمان وانشرح لما أشرق فيه من البيان [1] .

الفرق بين الأشباه والنظائر ونحو ذلك :

يقول علماء اللغة الشبه والشبه والشبيه كالمثل والمثل والمثيل فـى المعنى والنظير أيضا كالمثيل والشبيه يجمع على أشباه والنظير يجمع على نظائر [2] .

ولقد تعارف أهل اللغة على استعمال الشبه والمثيل فى صفات ذاتية

---

[1] الفروق للقرافى جـ١ ص ٣

[2] لسان العرب جـ ١٣ ص ٥٠٣

أو معنوية فالذاتية نحو هذا الدرهم كهذا الدرهم ... والمعنوية " زيد كالأسد "[1] ولذلك النظير المثل المساوى وهذا نظير هذا أى مساوية فكأنك إذا نظرت إلى أحدهما فقد نظرت إلى الأخر ، وإلى هذا التوافق والانسجام بين النظائر والمثيل المح التاهونى فى " الكشاف " بقوله : ألنظير يطلق على المثال مجازا والنظائر كالألفاظ المتواطئة وانطلاقا من هذا المفهوم اللغوى درج العلماء على استعمال تلك الكلمات على معناها اللغوى فجعلوا الشبيه والنظير بمعنى واحد واطرد ذلك الاستعمال ولكن الواقع أن مدلول الكلمات المذكورة فى مصطلح المحققين لا يجرى على معنى واحد بل ينبغى الفرق فيما بينهما ولذلك وجدنا الأصوليين يرون أن للأشباه معنى يخالف معنى الأمثال فيقولون الشبيه عند غير المثيل ويرون أن النظائر غير الأشباه من بعض الوجوه ولكن ونطلق الشبيه على النظير أحيانا على الشبيه ويطلق الشبيه يطلق النظير عند الافتراق فإن اجتمعا كان لكل واحد منهما معنى يخفيه فهو من قبيل قولهما : " اثنان إذا اجتمعا افترقا " وإذا افترقا اجتمعا كالفقير والمسكين والذنب والسيئة والسوء والفاحشة والبر والإحسان .

يقول الإمام السيوطى فى كتاب الحاوى للفتاوى الفرق بين المثل والشبيه والنظير ، المثيل أخص الثلاثة والشبيه أعم من المثيل وأخص

---

(1) المصباح المنير جـ ١ ص ٣٥٨

من النظير والنظير أعم من الشبيه وبيان ذلــك أن المماثلـــة تســتلزم المشابهة وزيادة والمشابهة لا تستلزم المماثلة فلا يلزم أن يكون شــبيه الشئ مماثلا له والنظير قد لا يكون متشابها .

وحاصل هذه الفروق أن المماثلة تقتضى المساواة مــن كــل وجــه والمشابه تقتضى الاشتراك فى أكثر الوجوه لا كلها والمناظرة تكفى فى بعض الوجوه ولو فى وجه واحد يقال هذا نظير هذا فى كذا وإن خالفه فى سائر وجهاته .

وأما اللغويون فإنهم جعلوا المثيل والشبيه والنظير بمعنى واحــد . وهذه خلاصة ما قاله العلامة ابن حجر الهيتيمى المكــى أيضــا فــى الفتاوى الحديثة [1] .

الفرق بين الأشباه والنظائر والفروق الفقهية :

المسائل الفقهية إذا تشابهت أو تناظرت اندرجت تحت حكم واحــد لاشتراكها فى القلة أو فى وصف جامع له كقياس جميــع المســكرات على الخمر ولكن أحيانا قد يكون بين هذه المسائل المتشــابهة فــروق دقيقة وعلل خفية تجعل بعضها منفصلا عن البعض فلا نأخذ المســألة حكم الأخرى لضعف التشابه بينهما .

وعلى هذا نستطيع أن نعرف الفروق الفقهية بأنها المسائل الشرعية

---

[1] الفتاوى الحديثة طبع مصطفى الحلبى ص ١٩٣ باب المعانى والبيان

المتشابه فى صورها مع اختلاف أحكامها لعلل أوجبت ذلـــك ، ومــن أمثلة الفروق فى الفقه قولهم إذا طرح فى الماء تراب فتغير به طعمـــه أو لونه أو ريحه لم يسلبه التطهير ولو طرح فيه طاهر غير التـــراب كالزعفران والصابون والملح الحجرى وغيره فتغير بمخالطته بعــض صفاته سلبه التطير والفرق بينهما أن التراب يوافق الماء فـــى صـــفته الطهارة والتطهير فلا يسلبه بمخالطته شيئا منهما [1] .

ولذلك وجدنا أن التأليف فى الفروق فى علم الفقه كتب فيه كثير من العلماء وأول كتاب مستقل فى الموضوع وصل إلينا هو رسالة الإمـــام الكرخى " ٣٤٠ هـــ " على رغم وجودها ونشأتها فى فجر تاريخ الفقه الإسلامى وإن كان البعض يذكر أن الإمام أحمد بن عمرو بن ســـريج الشافعى " ٣٠٦ هـــ " هو أول ن جنح إلى التأليف فى هذا النمط [2] .

ويبدو أن لهذا الفن أسبقية من حيث التأليف والتدوين بـــالنظر إلـــى القواعد الفقهية فقد تأخر رصدها وتدوينها فى كتب مستقلة ولعل الأمر الذى دفع إلى التأليف فى الفروق وجود المسائل المتشابهة المتحدة فى صورها المختلفة فى أحكامها وعللها بكثرة ليس من الميسور إحصاؤها ولهذا جرى تدوين الفروق أولا ثم دونت القواعد الفقهية ثانيا ، ثم جمع

---

[1] الفروق للسامرى ص ٣٦

[2] الإعلام للزركلى جـــ ١ ص ١٧٨

بين الموضوعين بعنوان الأشباه والنظائر في بعض المؤلفات ، ولهـذا وجدنا الإمام بدر الدين الزركشي نبه إلى أهمية الفروق الفقهية فقال في مقدمة (القواعد) الثاني من أنواع الفقه معرفة الجمع والفرق وعليـه جل مناظرات السلف حتى قال بعضهم الفقه جمع وفرق [1] .

****

[1] القواعد الفقهية للأستاذ / على أحمد البدوى

الفصل الثانى

لمحات تاريخية عن نشأت القواعد الفقهية وتدوينها :

لقد مرت القواعد الفقهية بمراحل ثلاث وهى مرحلة النشأة والتكوين ومرحلة النمو والتدوين ومسك الختام كـــان فـــى مرحلـــة الرســـوخ والتنسيق.

أما عن المرحلة الأولى فقد نشأت القواعد الفقهية بنشـــأة التشـــريع الإسلامى ذلك أننا لو تأملنا كتب القواعد نجد أنها ترد إلى أصولها من القرآن والسنة ذلك أن الملامح الأولى للقواعد الكليـــة مرســـومة فـــى القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة ، حيث أن النبى صلى الله عليـــه سلم أوتى جوامع الكلم فكان يؤدى المعانى الكثيرة بألفاظ قليلة غاية فى الدقة فجاءت على لسانه قواعد فقهية أخذها الفقهاء وما زادوا عليها إلا بالمقدار الذى يزيدها إيضاحا ويكشف عما فيها من اللطائف التـــى لا يعقلها إلا العالمون ، فضلا عن أن القواعد الكلية صيغت من القـــرآن الكريم ومن أمثلة ذلك قول الله تعالى " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ " (البقرة: من الآية١٨٥) هذه الآية الكريمة أخذ الفقهـــاء منهـــا القاعدة الكبرى " المشقة تجلب التيسير " وغيرها من القواعد الأخـــرى المتفرعة عنها .

وقوله تعالى " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ "(الحج: الآية٧٨)

وأخذ الفقهاء منها (الحرج مرفوع)

وقوله تعالى " فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ" (البقـرة: ١٧٣) ومنها أخذ الفقهاء قاعدة الضرورات تبيح المحظورات .

ومن السنة النبوية الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم " إنما الأعمال بالنيات " ومنه أخذت القاعدة (الأمور بمقاصدها) ولا ثواب إلا بنية ، والعبرة بالمقاصد والمعانى لا بالألفاظ والمبانى .

وقوله صلى الله عليه وسلم " لا ضر ولا ضرار " وهذا الحديث من الأصول للشريعة الإسلامية اعتمد عليه الفقهاء فى صياغة كثير مـن القواعد الفقهية مثل قاعدة الضرر يزال وغيرها .

وحديث " كل شرط ليس فى كتاب الله تعالى فهو باطل " وقد صاغ الفقهاء من هذا الحديث كثير من القواعد مثل قاعدة الشرط الباطـل لا يؤثر فى العقد .

على أن بعض الأحاديث النبوية تعتبر قواعد فى حـد ذاتهـا مثـل " المسلمون على شروطهم ، إنما الولاء لمن اعتق ، الولد للفـراش ، ولا وصية لوارث ، لا طلاق فى إغلاق ، ما أسكر كثيره فقليلة حرام وهناك أحاديث كثيرة هى فى ذاتها قواعد كلية جـاهزة أو قابلـة لأن تصاغ منها القواعد والأصول الفقهية .

إذن فالملامح الأولى للقواعد نجدها مسطورة فى نصوص القـرآن

والسنة خصوصا فى الجزء المتعلق منها بالأحكام فإذا انتقلنا من عهد النبوة ونزول الوحى إلى عهد الصحابة رضوان الله عليهم وجدنا فى رسائلهم ومجالسهم وفتاواهم وقضائهم أنه قد جرى على ألسنتهم وأقلامهم عبارات ونصوص تصلح أن تكون قواعد فقهية كلية . وقد جاءت متأثرة بالقرآن والسنة مقتبسة من نورهما وهى كثيرة وافرة خاصة الخلفاء الراشدون والصحابة المقربون منهم عبد الله بن عباس وعبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وأبى كعب وغيرهم فقد كانوا ينطقون بالحكمة فينقل عنهم من الكلام ما يكون قواعد فقهية يقاس عليها أو يستأنس بها فى التصحيح والترجيح . ونكتفى هنا بنموذج حى تلقاه الفقهاء وسائر علماء الشريعة الإسلامية بالقبول وانكبوا عليه بالدراسة والتحليل والاستنباط ، وأعنى بذلك رسالة عمر بن الخطاب فى القضاء التى كتبها لأبى موسى الأشعرى ونصها :

" أما بعد فإن القضاء فريضة محكمة ، وسنة متبعة فافهم إذا أولى إليك فإنه لا ينفع تكلم بحق لانفاذ له آسر الناس فى مجلسك وفى وجهك وقضائك حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك البينة على المدعى واليمين على من أنكر والصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالاً ومن إدعى حقا غائبا أو بينة فأضرب له أمدا ينتهى إليه فإن بينه أعطيته بحقه وأن أعجزه ذلك استحللت عليه القضية فإن ذلك هو أبلغ فى القدر وأجلى للعلماء ولا

يمنعك قضاء قضيت فيه اليوم فراجعت فيه رأيك فهديت فيه لرشـــدك أن تراجع فيه الحق فإن الحق قديم لا يبطله شئ ومراجعة الحق خيـــر من التمادى فى الباطل والمسلمون عدول بعضهم على بعض إلا مجربا عليه شهادة زور أو مجلود فى حد أو ظنينا فى ولاء أو قرابة فإن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان ثم الفهم الفهم فيما أولى إليك مما ورد عليك مما ليس فى قرآن ولا سنة ثم قايس الأمور عند ذلك واعرف الأمثال ثم اعدل فيما ترى إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق وإياك والغضب والضجر والقلق والتأذى بالناس والتنكر عند الخصومة أو الخصوم " شك أبو عبيد " فإن القضاء فـــى بواطن الحق مما يوجب الله به الأجر ويحسن به الذكر فمن خلصـــت نيته فى الحق ولو على نفسه كفاه الله ما بينه وبين الناس ومن تزين بما ليس فى نفسه شأنه الله فإن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا مـــا كـــان خالصا فما ظنك بثواب عند الله فى عاجل رزقه وخزائنـــه رحمتـــه والسلام عليك ورحمة الله [١] "

فهذه الرسالة العمرية القيمة تحمل دستورا فقهيا فى القضاء والفصل بين الناس ، والمتأمل فى عباراتها يقف على كثير من الكليات الفقهيـــة والأصول التشريعية اقتبسها عمر رضى الله عنه من مشـــكاة النبـــوة

---

(١) ابن القيم الجوزيه فى إعلام الموقعين جـــ١ ص ٨٥

وصدر فيها عن ثاقب فهمه وواسع نظره وأبرز هذه القواعد والأصول الفقهية فيها .

- البينة على المدعى واليمين على من أنكر
- الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالاً
- الحق قديم لا يبطله شئ .
- المسلمون عدول بعضهم على بعض .
- أن الله تعالى تولى من العباد السرائر وستر عليهم الحدود إلا بالبينات والأيمان .
- أن الله تعالى لا يقبل من العباد إلا ما كان خالصا .

وقد تناول ابن القيم الجوزية هذه الرسالة وحللها فيما يزيد على ثلاثمائة صفحة ، وذكر الحافظ السيوطى أنها تعتبر أصلا ومصدرا لفن الأشباه والنظائر ، وعلق عليها بقوله وهى صريحة فى الأمر بتتبع النظائر وحفظها ليقاس عليها ما ليس بمنقول وفى قوله فأعمد إلى أحبها إلى الله وأشبهها بالحق إشارة إلى أن من النظائر ما يخالف نظائره فى الحكم لمدرك خاص به وهى الفن المسنى بالفروق [1] .

وإذا انتقلنا من عهد الصحابة لعهد التابعين وتابيعهم وجدنا مجال القواعد الفقهية قد أتسع باتساع نطاق الإفتاء وازدهار حركة الاستنباط

---

[1] الأشباه والنظائر ص ٥

وكل ذلك بسبب ما استجد من القضايا الحياتية التى دعت الفقهاء إلـــى البحث عن حلولها وأحكامها الشرعية المنظمة لها فتكونت لديهم بـــذلك ثروة وافرة من النصوص الفقهية الجامعة التى تناقلها فقيه عـــن فقيـــه وأورثها من بعدهم ، ولكن ظل الكثير منهما مطبوعا بالطابع العمومى الإجمالى بحيث تحتاج إلى مزيد من الصياغة والحبك لتصـــير علـــى شكل قواعد بالمعنى العلمى السابق للقاعدة .

أما طور النمو والتدوين فقد بدأت القواعد الفقهية باعتبارهـــا فنـــا مستقلا فقد ظهرت بعض المصنفات والرسائل المبكرة تحمل فى ثناياها جملة من الأفكار والمعانى العقلية تصلح لأن تكون مادة لهذه القواعـــد الفقهية لكنها أيضا ظهرت بعبارة وأساليب عامة أصولية ، إذ لم يقصد أصحابها إلى تجريدها وجعلها مستقلة فى قوالب ونصوص كمـــا هـــى الآن ، وأبرز هذه الرسائل والمصنفات كتاب الموطـــأ للإمـــام مالـــك والرسالة والأم للأمام الشافعى ، وإن كان الـــبعض يعتبـــر أن كتـــاب الخراج لأبى يوسف يعقوب بن إبراهيم " ت ٢٨٢ هـــ " فقد تضـــمن هذا الكتاب كثيرا من قواعد الفقه صاغها بأسلوب حكيم وشرحها وبين خلاف العلماء فى بعض مسائلها وفروعها ، ولننظر على سبيل المثال إلى قول أبى يوسف فى كتاب الخراج " ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف " فهذه العبارة بمثابة قاعدة ترسم للحكام المقياس الشرعى الذى على أساسه يجوز لهم أو لا يجوز " أخذ أموال

الناس " ومثل هذه العبارة نجد كثيرا منها فى كتاب الأم للإمام الشافعى وغيره من الكتب التى ظهرت فى هذا العصر ، ومعنى ذلك أن القواعد الفقهية فى هذه الفترة كانت فى مرحلة النشأة والتكـــوين لأن القصـــد والاهتمام كان منها إلى تدوين مسائل الفقه وقضاياه الكبيرة وكانت هذه الفترة فترة نشوء وميلاد علم واسع ممتد يعتبر ثمرة غيره من العلـــوم الشرعية وغايتها ونهايتها ، ذلك هو علم الفقه الإسلامى ، فكان عمـــل الفقهاء الأقدمين منصبا على إيضاحه وإكمال مقوماته ومعالمه وهكذا ، فبقدر ما كان يجد من القضايا ويكثر كان التأليف فـــى الفقـــه يزدهـــر وينمو ، وبقدر ما كان هذا التأليف يتجدد ويتكاثر كانت حركة التعقيـــد والتقنين تزداد ظهور وعمقا حتى إذا اكتملت المذاهب الفقهية الكبـــرى ونضجت أصولها ومناهجها فى الاجتهاد والاســـتنباط والفتـــوى أدت بالفقهاء إلى التأصيل فى التأليف، فبرزت القواعد الفقهية كاملة ناضحة لوجود عوامل أهمها .

١- كثرة الفروع والجزئيات التى كانت تفـــرض علـــى الفقهـــاء إن يضبطوها بضوابط كلية تندرج فى كل منها مجموعـــة متجانســـة الأفراد متشابهة الأحكام

٢- تنافس الفقهاء فى جمع شتات الأبواب الفقهية وتقـــديمها ملخصـــة جامعة مركزة لطلاب الفقه ليسهل عليهم استيعابها .

٣- انعقاد مناظرات ومسجلات فقهية بين جماعات من الفقهـــاء فـــى

مختلف المذاهب الفقهية بحيث كان كل منهم يعرض اجتهـاده فـي المسألة المعروضة للتنظير والمحاجة على ضوء أصـول مذهبـه وقواعده فكانت طبيعة المجلس تفرض علـى أن يعـرض أحكـام المسألة ومصحوبة بما يقويها ويبرز حجيتها بقوة الاستدلال .

٤- إتساع دائرة الإفتاء والقضاء لكثرة النـوازل المعروضـة علـى الفقهاء مما كان يفرض عليهم وضع قواعد وضوابط لتصنيف هذه النوازل وترتيبها حسب أصولها الفقهية تسـهيلا لعمليـة الإفتـاء والقضاء وتوفيرا للوقت والجهد فى مباشرتها .

أما طور الرسوخ والتنسيق كان فى القرن الرابع الهجرى ، حيـث اكتملت القواعد ونضجت وقامت على سوقها ولا ينقصها إلا أن تجرد عن غيرها وتفرد لها الكتب بالتأليف والتصنيف ، وهذا ما فعله الفقهاء المتأخرين بعد ذلك وقد ذكر بعض الباحثين [1] أن القواعد الفقهية لـم تكتمل إلا فى بداية القرن السابع الهجرى ، وفى هذه الفقرة ما نصـه (ولقد أهتم الأصوليون والفقهاء فى مطلع القرن السابع الهجرى بفقـه جديد وعلم دقيق يخدم علم الفقه خاصة فى جانبه التطبيقى فى الفروع سميت بالقواعد الفقه أو الأشباه والنظائر وأخذ العلماء بتحرير القواعد وجمع الفروع التى تحكمها تلك القواعد وأدراجها تحتها وجمع الفروع

---

[1] قال بهذا الدكتور عجيل الغشمى فى مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية التـى تصدرها جامعة الكويت السنة الأولى العدد الثانى محرم ١٤٠٥ هـ / ١٩٨٤م

المتشابهة والمتناظرة أيضا وإدراجها تحت تلك القواعد ثم ذكر الفروع المستثناة من تلك القواعد .. ثم يقول ولعل أول من حـــرر القواعـــد وذكر الفروع هو الإمام معين الدين أبو حامـــد محمـــد بـــن إبـــراهيم الحاجرى الشافعى المتوفى سنة (٦١٣ هـ) [١].

وقد رد بعض الباحثين على الدكتور النشمى بأن قوله يحتاج إلـــى توثيق بالحجة والدليل أو ليس من اللازم أن لا يعد الكتاب من زمـــرة كتب القواعد الفقهية إلا إذا كان يحمل اسم القواعد والأشباه والنظائر أو فى معناها ، بل هناك من كتب المتقدين ما يحمل غير هذه الألقاب ومع ذلك نجدها تناولت القواعد الفقهية فتأسيس النظر للدبوسى المتوفى سنة ٤٣٠ هـ يضم عددا مهما من القواعد الفقهية الجاهزة علـــى مـــذهب الحنفية ، ومثل ذلك فى أصول الكرخى المتوفى سنة ٣٤٠ هـ وغير ذلك من الكتب الكثير ، وفى قوائم الكتب المؤلفة فى المذاهب الفقهيـــة فى فن القواعد الفقهية سنرى أن بعضها آلف قبل القرن السابع الهجرى وقد وضع أصحاب المذاهب كتبا فى القواعد الفقه وضوابطه وفق مـــا انتهى إليه علمهم واستقر عليه ترجيحهم نذكر منها ما يلى :

---

[١] المرجع السابق

أهم كتب القواعد الفقهية عند المذاهب الأربعة :

سنبتدأ بمصادر الحنفية ثم المالكية ثم الشافعية ثم الحنابلة :

١- من مصادر الحنفية :

فقد أهتم الأحناف بتقعيد القواعد أكثر من غيرهم لأنهم من أسبق المذاهب ظهورا ولأنهم من اكثر المذاهب استعمالا للقياس وافتراضا للمسائل وتفريعا للفروع فاحتاجوا إلى وضع قواعد كلية وأصول جامعة لهذه الفروع التى خاضوا فيها ولعل اقدم مؤلفات أصول الكرخى " ٢٦٠ هـ - ٣٤٠ هـ " [١]والمؤلف هو عبيد الله بن الحسن بن دلال الشهير بأبى الحسن الكرخى وتعد رسالته أول مصادر القواعد الفقهية بل اللبنة الأولى فى صرح هذا العلم وفيها ست وثلاثون قاعدة بدأ كل قاعدة منها بعنوان الأصل .

٢- تأسيس النظر لأبى زيد الدبوسى " ٣٤٠ هـ " وهو عبيد الله بن عمرو بن عيى القاضى أبو زيد الدبوسى نسبه إلى الدبوسية وهى بلدة بين بخارى وسمرقند وكان يضرب به المثل فى النظر واستخراج الحجج والرأى ويعد كتابه من أنفس ما أنتجه الفقهاء فهو أول كتاب ظهر فى الفقه المقارن قبل أن يكون أول كتاب فى القواعد الفقهية .

---

[١] انظر عبد الكريم السمعانى فى الأنساب تحقيق د. عبد الفتاح محمد الحلو جـ١ ص ٣٩٠ .

٣- الأشباه والنظائر لابن نجيم " ٩٧٠ هـ " واسمه زين الدين بن إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفى المصرى وهو من أشعر كتب القواعد الفقهية وهو قرين لكتاب العلامة السيوطى الأشباه والنظائر فى اسمه وصيته وخصائصه ويحتل مكانا رفيعا بين مؤلفات هذا الفن . وقد بلغ عدد القواعد الفقهية خمس وعشرون عند ابن نجيم جمعها وسلك مسلكا بديعا فى ذكرها وقد صنفها فى نوعين :

أ - **قواعد أساسية** : وهى الأمور بمقاصدها - الضرر يزال - العادة محكمة - اليقين لا يزول بالشك - والمشقة تجلب التيسير - لا ثواب إلا بالنية .

ب- قواعد أقل اتساعا وشمولا للفروع مما سبق وهى تسع عشرة قاعدة ومن أمثلة هذا النوع الاجتهاد لا ينفض بالاجتهاد - إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام - تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة .

٤- تنوير البصائر على الأشباه والنظائر [1] لشرف الدين الغزى ١٠٠٥هـ وقد ذكر المؤلف أن استدراك بعض الاستدراكات وعلق البعض على هذا الكتاب بقوله البصائر على الأشباه والنظائر ذكرت فيه ما أغفله من الإستثناءات وما تركه من القيود والمبهمات وفيها على

---

[1] مخطوط فقهى حنفى تحت رقم ١٥١٦

ما طغى من قلم مداده وما عثر به كريم جواده وموردا فيها تحقيقــات ينشرح لاستماعها الأذان وفوائد مهمة يطرب لتلاوتها الجنان .

٥- غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر تأليف أحمد بن محمد الحموى الحنفى [١] الفقيه الأصولى درس بالقاهرة وقــد عــلا شــأنه واشتهر ذكره " ١٠٩٨ "

٦- عمدة ذوى البصائر لحل مهمات الأشباه والنظــائر لابــن بــرى (١٠٢٣ ـ ١٠٩٩هـ) [٢] .

٧- عمدة الناظر على الأشــباه والنظــائر لأبــى الســعود الحســينى (١١٧٢هـ) وهذا الكتاب الذى نسج على طريقة الأشــباه والنظــائر لابن نجيم .

٨- خاتمة مجامع الحقائق للشيخ محمد بن محمد بن مصطفى الخادمى المكنى بأبى سعيد المتوفى سنة ١١٧٦ هـ وقد وضع المؤلــف متنــا مركزا فى أصول الفقه وأسماه بمجامع الحقائق وختمه بخاتمة جمع فيها مجموعة من القواعد الفقهية مرتبة على حروف المعجم وفق الحــرف الأول من كل قاعدة فبلغت تقريبا مائة وأربعة وخمسون قاعدة وقد أخذ المؤلف معظم هذه القواعد من ابن نجيم وغيره مما سبقه وعاصــره ،

---

[١] مطبوع ط الهند مطبعة نولكشور

[٢] مخطوط رقمه فى المركز ٧٠ فقه حنفى مصور عن الأزهر رقم ٣٥٣

وقد شرح هذه القواعد مصطفى كوزل حصارى المتوفى (١٢١٥هـ) فى كتاب أسماه منافع الدقائق شرح مجامع الحقائق .

٩- قواعد " مجلة الأحكام العدلية " تأليف لجنة من علماء الدولة العثمانية وقد ظهرت فى السادس والعشرين من شهر شعبان من عام ١٢٩٢ هـ فى عهد السلطان الغازى عبد العزيز خان العثمانى ، وجاءت هذه المجلة موسوعة فقهية فى أحكام المعاملات وصيغت أحكامها فى مواد على غرار مواد القوانين الوضعية وقد بلغت موادها ألفا وثمان مائة وإحدى وخمسين مادة وتقع فى ثمانية أجزاء ، وقد التزمت الجمعية القائمة بهذا العمل الأخذ بالأقوال الراجحة والمفتى بها فى مذهب أبى حنيفة عدا مسائل قليلة أخذت فيها بما ليس راجحا فى هذا المذهب ومعظم تلك القواعد التى تنبتها المجلة قواعد تتفق عليها المذاهب المشهورة مع اختلاف كيفية الاستعمال فى بعضها وقد شرحت قواعد مجلة العدل الدولية شروحا عدة من أقدمها الشرح المسمى " مرآة مجلة الأحكام : ومعه شرح باللغة العربية على المتن التركى تأليف مفتى سعود أفندى التركة وقد طبع بالأستانة سنة ١٢٩٩هـ / ١٨٨١ م) ومنها الشرح المسمى " درر الأحكام شرح مجلة الأحكام " للعلامة على حيدر وهو من أكبر الشروح وأجلها وأشهرها ويتميز بيان المصادر الفقهية وتفسير وافر للأحكام الشرعية وقد عربه عن التركية المحامى الأستاذ / فهمى الحسينى بأسلوب فهم جزل .

٢- من مصادر المالكية :

١- أصول الفتيا فى الفقه على مذهب الأمام مالك للخشنى [1] المتوفى حوالى سنة ٣٦١ هـ وإلى هذا الكتاب أشار المحققون بقولهم وقد كان ابن حارث رائدا فى مجال التأصيل الفقهى وتقعيد القواعد الجامعة للمسائل فى كل باب من أبواب الفقه .

٢- الفروق للقرافى [2] ٦٨٤ هـ هو الإمام ابو العباس أحمد بن أبى العلا إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجى نسبه إلى قبيلة صنهاجه من برابرة المغرب المصرى الملقب بشهاب الدين الشهير بالقرافى نسبة إلى القرافة ، المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعى ، وهذا الكتاب من أروع كتب الفقه وأجلها قدرا وأعمقها فكرا ، وقد امتاز بيان الفروق بين القواعد فى حين أن الكتب التى ألفت من قبل هذا الكتاب بعنوان الفروق كان موضوعها بيان مسائل جزئية تشابهت صورها واختلفت أحكامها وقد جمع فيه المؤلف خمسمائة وثمانية وأربعين قاعدة مع إيضاح كل قاعدة بما يناسبها من الفروع .

٣- القواعد للمقرى المالكى وهو العلامة المتقن محمد بن محمد بن أحمد المقرى نسبه إلى مقرة وهى قرية من قرى أفريقية المكنى بأبى

---

[1] هو محمد بن حارث بن أسد الحشنى أنظر الإعلام ٦ / ٧٥

[2] الديباج المذهب ١ / ٢٣٦

عبد الله جد المؤرخ الأديب أحمد المقرى صاحب نفح الطيب توفى سنة ٧٥٨هـ [١] وكتابه هذا من أوسع كتب القواعد عند المالكية وبحث فيه مسلك الإمام مالك وأصحابه مع الموازنة بمذهبى الحنفية والشافعية فى كثير من القواعد ومسائله مع التعرض أحيانا لأقوال الحنابلة أيضا وقد جمع المؤلف فى كتابه ما يقرب من آلف ومائتى قاعدة وضابط ومعظمها قواعد وضوابط مذهبية .

٤- إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للشيخ أحمد بن يحيى بن محمد التلمسانى الونشريسى المكنى بأبى العباس المتوفى سنة ٩١٤هـ [٢] ، وهذا الكتاب من أشهر ما ألف فى قواعد المذهب المالكى لكنه ظل مطويا فى بطون المكتبات فى صورة مخطوط حتى خرج إلى النور منذ وقت قريب واصبح فى متناول الدراسين والفضل فى ذلك يرجع إلى محققه الشيخ أحمد أبو طاهر الخطابى ، يتضمن الكتاب مائة وثمانية عشر قاعدة ومعظم القواعد المذكورة فى الكتاب هى قواعد مذهبية تخدم المذهب المالكى وقد أردف كل قاعدة بما يناسبها من الفروع الفقهية من أبواب مختلفة تصل فى مجموعها إلى نحو آلفى مسالة وصورة جلها خلافيه .

---

[١] الإعلام للزراكلى جـ٧ ص ٢٦٦ وشذرات الذهب جـ٦ ص ١٩٣

[٢] شجرة النور الذكية ص ٢٧٥

٥- الإسعاف [1] بالطلب مختصر شرح المنهج المنتخب على قواعد المذهب للتوانى وهو العلامة المحقق المتفنن فى علوم شتى أبو الحسن على بن قاسم الزقاق الفاسى التحيبى نسبة إلى نجيب قبيلة من قبائل اليمن آلف لامية فى الأحكام معروفة بلامية الزقاق ووضع تعليقا على المختصر لخليل فى الفقه المالكى ونظم القواعد الفقهية توفى سنة ٩١٢ هـ .

٣- من مصادر القواعد الفقهية فى المذهب الشافعى :

١- قواعد الأحكام فى مصالح الأنام لعز الدين بن عبد السلام (٥٧٧ / ٦٦٠هـ) وهو الإمام عز الدين بن عبد العزيز بن عبد السلام السّلامى المغربى أصلا الدمشقى مولدا المصرى دارا ووفاة الملقب بسلطان العلماء والملقب له هو الشيخ بن دقيق العيد وموضوع الكتاب يدور حول القاعدة الشرعية الأساسية لدرء المفاسد ، وأما القاعدة الفقهية الأخرى التى نجدها منبثة فى الكتاب فمردها إلى هذه القاعدة وكتابه هذا من اقدم ما وصل إلينا فى هذا الفن ، ولم يكن غرض المؤلف فيه جمع القواعد الفقهية وتنسيقها على نمط معين ولكن كان غرضه بيان مصالح الطاعات والمعاملات وسائر التصرفات ليسعى العباد فى درئها وبيان مصالح العباد ليكون العباد على خبر منها وبيان

---

(١) مطبوع طبع بنغازى المطبعة الأهلية (١٣٩٥ هـ / ١٩٧٥ م)

ما يقدم من بعض المصالح على بعض وما يؤخر من بعض المفاسـد على بعض وما يدخل تحت اكتساب العبيد دون ما لا قدرة لهم عليـه ولا سبيل لهم إليه فموضوعه يدور حـول القاعـدة الأساسـية جلـب المصالح ودرء المفاسد . وقد سلك طريقة ونسج على منواله فى إبراز مقاصد الشريعة ومعالمها العلامة أبو إسحاق الشاطبى رحمه الله فـى كتابه الموافقات ، فقد وضع فيه القواعد المصلحية وعالجهـا معالجـة قيمة وتوسع فى التحليل والتعليل .

٢- كتاب الأشباه والنظائر لابن الوكيل [١] وهو الإمام محمد بن عمـر بن مكى الملقب بصدر الدين المكنى بأبى عبد الله ، وكان يعرف فـى الشام بابن الوكيل المصرى ، وبهذا اشتهر بين العلماء فى آخر حياتـه ولد بدمياط سنة ٦٦٥ هـ وتوفى ٧١٦ هـ . قال ابن كثير عن ابـن المرحل " شيخ الشافعية فى زمانه وأشهرهم فى وقته بالفضيلة وكثـرة اشتغاله بالمطالعة والتحصيل [٢].

وقال السبكى فى الطبقات كان إماما كبيرا بارعا فى المذهب يضـرب المثل باسمه وكان له مع الإمام ابن تيميه مناظرات حسنه ، لكن الشيخ تقى الدين بن تيميه حزن لما بلغه وفاته وقـال : أحسـن الله عـزاء

---

[١] وفاة الوفيات تحقيق د. إحسان عباس دار ـ صادر سنة ١٩٧٤ م

[٢] البداية والنهاية جـ ١٤ ص ٨٠

المسلمين فيك يا صدر الدين[1]

٣- المجموع المذهب فى قواعد المذهب للعلائى سنة ٧٦١ هـ هو الإمام الحافظ الفقيه النابه المنفذع خليل بن كيكلدى الملقب بصلاح الدين المكنى بأبى سعيد العلائى الشافعى [2] . قال الأسناوى مشيدا بشأنه كان حافظ زمانه إماما فى الفقه والأصول وغيرها ذكيا نظارا فصيحا كريما وتفوقه على أهل عصره فى حفظ الحديث واستحضار الرجال والعلل وكان يحفظ ترادم أهل العصر ومن قبلهم [3] . وله مصنفات نفسية تنبئ عن إمامته فى كل فن منها ، هذه القواعد المشهورة وإليها أشار الأسناوى بقوله وصنف فى النظائر الفقهية كتابا نفسيا وهذا الكتاب من أنفس الكتب التى ألفت فى القرن الثامن الهجرى فى الفقه الشافعى وقواعده ولكنه لم يطبع وهناك محاولة لطبعه .

٤- الأشباه والنظائر لتاج الدين السبكى ـ ٧٧١ هـ هو عبد الوهاب بن على بن عبد الكافى بن على بن تمام السبكى المكنى بأبى نصر الملقب بتاج الدين ولد سنة ٧٢٧ هـ سمع الحديث بمصر ثم رحل إلى دمشق . قال ابن حجر أمعن فى طلب الحديث الإسناد مع ملازمة الاشتغال بالفقه والأصول والعربية حتى مهر وهو شاب وكان ذا بلاغة

---

(١) فوات الوفيات جـ٤ ص ١٣

(٢) أنظر ابن العماد شذرات الذهب جـ ٦ ص ١٩٠

(٣) طبقات الشافعية

وطلاقة لسان وانتشرت تصانيفه فى حياته أشاد كثير من العلماء به وصاروا على نهجه فى التأليف .

٥- المنثور فى ترتيب القواعد الفقهية للشيخ محمد بن بهادر بن عبد الله بدر الدين المصرى الزركشى الشافعى المتوفى سنة ٩٩٤ هـ[١] وهذا الكتاب له قيمته العالية بين مؤلفات القواعد الفقهية وذلك راجع إلى أن مؤلفه أضفى عليه روحه العلمية الفياضة ما أكسبه جودة ودقة ، فقد جمع المؤلف بين دفتيه فروع المذهب الشافعى المحررة والقواعد والضوابط الفقهية المقررة ولعله أجمع كتاب فيما وصل إلينا من جهود السابقين فى هذا المجال وفيه يقول وهذه القواعد تضبط للفقيه أصول المذهب وتطلعه من مأخذ الفقه على نهاية المطلب .

٦- شرح قواعد الزركشى[٢] لسراج الدين العبادى ٩٤٧ هـ وكان على قدر عظيم من العبادة والزهد والورع والعلم وضبط النفس وشرح قواعد الزركشى فى مجلدين .

٧- الأشباه والنظائر لابن الملقن (٨٠٤ هـ)[٣] وهو العلامة عمر بن

---

[١] انظر حجر الدرر الكامنة جـ٤ ص ١٧ ، ١٨

[٢] هو العلامة سراج الدين عمر بن عبد الله الشافعى المصرى – الكواكب السائرة بأعيان المائى العاشرة – بيروت جـ٢ ص ٢٢٩

[٣] مخطوط ف أصول الفقه مصور عن مكتبة أحمد الثالث رقم ٧٥٢

على بن أحمد الأنصارى الشافعى سراج الدين أبو حفص بن النحـــوى المعروف بابن الملقن [1] وكان مولده ووفاته فى القاهرة ، وكان مـــن فحول عصره فى حفظ الحديث ، تفقه على يد السبكى والعز بن جماعة وغيرهما ودرس فقه المذاهب وأذن له بالإفتاء ، بلغت مصنفاته نحـــو ثلثمائة مصنف ما بين كبير وصغير منها إكمال تهذيب الكمـــال فـــى أسماء الرجال [2] .

٨- القواعد لأبى بكر الحصنى الشافعى ٨٢٩ هـــ ، هـــو العلامـــة أبو بكر بن محمد بن عبد المؤمن تقى الدين الحصـــنى ، نســـبه إلـــى الحصن ، الفقيه السافعى ، كتب بخطه كثيرا فى الفقه والزهـــد ومـــن مصنفاته شرح المنهاج وشره صحيح مسلم وقواعد الفقه وغير ذلك من الكتب [3] .

٩- الأشباه والنظائر للسيوطى ٩١١ هــ هو الحـــافظ العلامـــة عبـــد الرحمن بن أبى بكر بن محمد الأسيوطى الشافعى الملقب بجلال الدين الشهير بالسيوطى ، صاحب المؤلفات الكثيرة النافعة والكتاب المذكور من أروع المؤلفات فى القواعد الفقهية وأغزرها مادة وأحسنها ترتيبـــا

---

[1] مخطوط فى أصول الفقه مصور عن مكتبة أحمد الثانى رقم ٧٥٢ أصول الفقه
[2] انظر الزركلى ــ الإعلام جــ ٥ ص ٢١٨
[3] انظر ابن عمار شذرات الذهب جــ ٧ ص ١٨٨

وتنسيقا ، تداوله أيدى العلماء فى كل مكان وأضحى بــذلك مصــدرا خصبا لدراسة القواعد الفقهية خاصة فى المذهب الشافعى .

١٠- الاستغناء فى الفرق والاستثناء لبدر الدين البكرى ، وهو محمــد بن أبى بكر بن سليمان البكرى الفقيه الشافعى ، تــرجم لــه الحــافظ السخاوى ترجمة موجزة جدا وذكر من مؤلفاته هذا الكتــاب بعنــوان الاعتناء وهذا الكتاب الذى نحن بصدده كتاب حافل وقيم فى القواعــد والضوابط الفقهية جاد به يراع العلامة البكرى وقد استخلصها من كلام أئمة الشافعية المتقدمين وحررها تحريرا دقيقا ، ونكتفى بهذا من كتب الشافعية فى القواعد الفقهية .

٤- من مصادر القواعد الفقهية فى المذهب الحنبلى :

من المعروف عند أهل الفقه والباحثين فيه أن الحنابلة يرحمهم الله تعالى يعتمدون على النصوص الشرعية إعتمادا تاما ولا يعتمدون على القياس فى شئ إلا فى مسائل قليلة لم يصرحوا بأنها مقيســه ولكــنهم وجدوا لها مخارج شرعية أخرى ، ولهذا نجدهم يتجهون فــى تقريــر الأحكام على القواعد الفقهيــة المقتبســة مــن النصــوص الشــرعية ويعرضون صفحا عن القواعد التى تحكم القياس فى استنباط الأحكــام ولهم فى تلك القواعد كتبا أكثرها فى الفروع الفقهية ولا نجد فيها مــن القواعد إلا القليل ومن هذه الكتب .

١- القواعد النورانية الفقهية لابن تيميه ٦٦١ / ٧٢٨ هـ ، وهو الإمام تقى الدين أبو عباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيميه الحرانى ثم الدمشقى المحدث الحافظ المفسر كان عارفا بفقه المذاهب ومدركا لاختلاف العلماء وعالما فى الأصول والفروع قال صاحب فوات الوفيات وله أجوبة وسؤالات كان يسألها نظما فيجيب عنها نظما وشهرته تغنى عن الإطناب فى ذكره والتنويه به [١]. والكتاب الذى نحن بصدده قال فيه الدكتور عبد الوهاب أبو سليمان " تكلم عن القواعد الفقهية وتناولها بطريقة خاصة ذلك أنه رتب كتابه هذا على أساس الموضوعات الفقهية ابتداء بموضوعات الطهارة والنجاسة وانتهاء باب الإيمان والنذور ، وذكر فى كل موضوع منها القواعد والضوابط التى تحكمها واختلاف أراء الفقهاء مع الاستدلال لكل وما يتفرع عن ذلك من فروع فقهية [٢] .

٢- القواعد الفقهية المنسوبة إلى ابن قاضى الجبل ٧٧١هـ [٣] ، وهو أحمد بن الحسن بن عبد الله المكنى بأبى العباس الملقب بشرف الدين المقدسى الأصل ثم الدمشقى الشهير بابن قاضى الجبل ، نزح فى آخر عمره إلى مصر وتفوق على أقرانه وأصبح شيخ الحنابلة

---

(١) فوات الوفيات جـ ١ ص ٧٤

(٢) كتاب البحث العلمى ومصادر الدراسات الإسلامية ص ٤٦٩

(٣) ابن العماد شذرات الذهب جـ٦ ص ٢١٩

فى عصره ، وكتابه تضمن بعض القواعد الفقهية اختار صاحبه فى كثير من المواضع أسلوبا حواريا فيه سؤال وجواب وأحيانا نجـده يذكر القاعدة أولا ثم يتبعها فى الفروع المتعلقة بها .

٣- تقرير القواعد وتحرير الفوائد المشهور بالقواعد لابن رجب الحنبلى ٧٩٥هـ ، هو العلامة الحافظ عبد الرحمن بن شهاب بن أحمد بن أبى أحمد رجب الملقب بزين الدين وجمال الدين والمكنى بأبى الفرج البغدادى ثم الدمشقى الشهير بابن رجب الحنبلى . كان من الوعاظ الناصحين قال عنه ابن العماد كانت مجالسه تذكرة للقلوب مباركة نافعة اجتمعت الفرق ومالت القلوب بالمحبة إليه [١] . أما كتابه المشهور بالقواعد فهو أنفس واحفل الكتب للقواعد فى الفقه الحنبلى ، وحمل من الثروة الفقهية ما يجل عن الوصف والبيان ، وكتابه هذا يعرض فيه المسائل الفقهية بطريقة الفقهاء ، ويأتى أثناء شرحه لهذه المسائل بقواعد فقهية يعتمد عليها فى التصحيح والترجيح والتقسيم والقواعد التى جاءت فيه قواعد مذهبية فى الغالب .

٤- القواعد الكلية والضوابط الفقهية لابن عبد الهادى ٩٠٩هـ ، وهو العلامة يوسف بن حسن بن أحمد بن عبد الهادى الشهير بابن المبرد الصالحى الحنبلى الملقب بجمال الدين ، وقد ورد اسم هذا الكتاب فى

---

[١] شذرات الذهب جـ ٦ ص ٣٤٠

ذيل كشف الظنون بعنوان القواعد والضوابط الفقهية [1] .

٥- قواعد مجلة الأحكام الشرعية على مذهب الإمام أحمد بن حنبل [2] مؤلفه القاضى أحمد بن عبد الله بن الشيخ محمد بشير ، ولد فى مكة المكرمة سنة ١٣٠٩هـ ، نشا وتربى فى أحضان والده شيخ القراء الشيخ عبد الله ثم التحق بالمدرسة الصولتية وتلقى علومه بها وكان من كبار فقهاء الحنفية فى بلد الله الأمين فى ذلك العصر ، وعين رئيسا للمحكمة الشرعية بمكة المكرمة ثم عين عضوا فى رئاسة " هيئة تميز الأحكام حاليا " وقد تضمنت هذه المجلة مجموعة من القواعد الفقهية استخلصها من قواعد الإمام بن رجب رحمه الله ، وأوردها كما جاءت فى الأصل من غير تهذيب ولا إعادة تصنيف ويبلغ عددها إلى مائة وستين قاعدة تحت عنوان مادة ، وقد نحى فى ذلك منحى المجلة العدلية العثمانية .

٥- مصادر عامة :

وهناك فى المكتبات الإسلامية كتب كثيرة فى القواعد الفقهية والأشباه والنظائر جمع مؤلفوها كثيرا من هذه القواعد وقاموا بشرحها ودراستها دراسة تاريخية وموضوعية منها ما طبع ومنها ما هو مخطوط ، وهذه

---

[1] ذيل كشف الظنون جـ ٤ ص ٢٤٣

[2] دراسة وتحقيق د. عبد الوهاب أبو سليمان و د. محمد إبراهيم أحمد على طبع سنة ١٤٠١ هـ

الكتب كثيرة جدا وإن كان والحق يقال لم تعد تدرس كقواعد مذهبيـــة ولكنها تدرس كقواعد عامة ولا يكون ذكر قواعد المـــذاهب إلا علـــى طريق ما يعرض من رأى لبعض الأئمة يخالف رأيا آخر .

****

بيان أهم القواعد الفقهية ومناهج المصنفين فيها

بد أن استعرضنا أهم الكتب لفقهاء المذاهب فى القواعد الفقهية وقلنا أن هذه القواعد منها ما هو عام يطبق فى كل مذهب ويراعى فى كل حكم وفتوى ، ومنها ما يكون خاصا بمذهب معين يسلكه صاحب المذهب فى إقامة الدليل على قوله والحجة لرأيه ، ونحن بطبيعة الحال لا نستطيع أن نحصر هذه القواعد ونتعرض بالشرح المستفيض لها كلها وإنما سنكتفى بذكر أهمها خاصة القواعد الفقهية التى اتفق عليها أرباب المذاهب وأجمعوا على الأخذ بها ، ونتعرض بالشرح أيضا لبعض القواعد المختلف فى الاتفاق عليها حيث اعتمدها البعض وعمل بها وبنى أحكامه الفقهية عليها ولم يعمل بها الأخر لمخالفتها المنهج الذى وضعه والطريق الذى يسلكه فى الاستدلال والحكم .

وبنظرة عامة نجد أن أقل الفقهاء جمعا للقواعد فقهاء المذهب الحنبلى لأنهم لا يعتدون بالقياس ولا يأخذون به إلا فى حالات قليلة دون أن يذكروا أنه قياس ولهذا كان التفاوت بين أنواع القواعد ومراتبها ، وأعلى المراتب والأنواع لتلك القواعد التى تشمل معظم الفروع الفقهية من عبادات وعادات ومعاملات وقد أولاها الفقهاء اهتماما كبيرا واعتبروها من أمهات القواعد وكبرياتها ، وهذه تختلف بين فقه وفقيه ، فإن ابن رجب الحنبلى قد اكثر فى هذه القواعد ذلك أن التفرقة بين القاعدة الفقهية وغيرها من القواعد لم يكن دقيقا ولهذا نجده

أكثر من هذه القواعد حتى أنه جعل لكل فرع فقهـي قاعـدة وجعـل القواعد الكلية ستون ومائة .

أما العز بن عبد السلام فإنه يختصر القواعد الفقهية ويجعلها منبثقة عن قاعدتين فقط هما ، قاعدة جلب المصالح ، والثانيـة قاعـدة درء المفاسد ثم اختصرها فى قاعدة واحدة وهى " اعتبار المصـالح " لأن درء المفاسد داخل في جلب المصالح .

أما فى كتاب الأشباه والنظائر لأبن نجيم الحنفى [1] قد جعل القواعد سبع عشرة قاعدة تجمع فى ثناياها أهم القواعد فى مذهب الإمام أبـى حنيفة رضى الله عنه وأول من ألف كتب فى القواعـد فـى المـذهب الحنفى الإمام محمد بن محمد بن سفيان أبو طاهر الدباس إمـام أهـل العراق وهكذا نجد أن الخلاف قد يكون بين علماء المذهب الواحد وذلك أن القاضى حسين أبو على الحسين بن محمد المروزى الشافعى فقـد رد فقه الشافعى إلى أربعة قواعد فقط وهى :

١- اليقين لا يزال بالشك   ٢- المشقة تجلب التيسير
٣- الضرر يزال   ٤- العادة محكمة

وبهذا نجده يختلف مع العز بن عبد السلام الذى جعلهـا اثنـين أو واحدة ، وهذا هو الإمام السيوطى الشافعى فقد خالف من قبله فن أئمة

---

[1] الأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفى ص ١٥ وما بعدها

الشافعية فقد قعد للمذهب الشافعي خمسة قواعد ، فقد أقر القواعد الأربعة التي قال بها القاضي حسين وزاد عليها قاعدة الأمور بمقاصدها ، وفرع على كل قاعدة منها قواعد صغرى كثيرة [1] .

أما علماء المذهب المالكي فقد أكثر بعضهم من القواعد حتى أن الإمام القرافي المالكي جعل القواعد ثمان وأربعون وخمسمائة قاعدة (٥٤٨) وهذه القواعد ليست فروعا بل هي قواعد كلية كبرى وقد سمى قواعده (بالفروق) لأنه يعتد بذكر الفرق بين القاعدتين منهما ثم يذكر كل رأى من الآراء التي تكلمت في الفرق بين القواعد ويناقش ذلك بالتفصيل ثم يأتي بالفرق الذي يرتضيه ويرجحه بالدليل [2] .

ونجد صاحب المنثور في القواعد وهو الإمام بدر الدين الزركشي قد جمع في كتابه بين القواعد العامة والخاصة والكلية والجزئية الأصولية والفقهية وهي كثيرة لأنها تشمل كل أنواع القواعد سواء كانت قواعد فقهية أو قواعد أصولية فهي متعددة ومتنوعة وليست مصنفة تصنيفا نوعيا بمعني أن تكون هناك قاعدة كلية تتفرع عنها قواعد جزئية مكملة لهذه القاعدة ومستوعبة لكل ما يحدث وما يستجد من الأمور الحياتية ، يمكن لهذه القاعدة وفروعها أن تستوعبه ولهذا رأينا أن نأتي بمجموعة من القواعد المنثورة في القواعد للزركشي

---

(1) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٤٣ وما بعدها

(2) أنوار البروق في أنوار الفروق ص ٣ وما بعدها

حيث أنها شملت القواعد الكلية والقواعد الجزئية حتى يكون الطالب على بينه وعلم بهذه القواعد التى رتبت حسب ترتيب حروف المعجم وليست على ترتيب الأبواب الفقهية وبيانها كالتالى :-

المنثور فى القواعد للزركشى :

١- الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ١ / ص ٩٣ .

٢- إذا ضاق الأمر اتسع ١٢٠ .

٣- إذا اجتمع فى العبادة جانب الحضر وجانب السفر غلب جانب الحضر ١ / ١٢٣ .

٤- إذا اجتمع الحلال والحرام أو المبيح والمحرم غلب جانب الحرام ١ / ١٢٥ .

٥- إذا اجتمع السبب والمباشرة قدمت المباشرة ١ / ١٣٣ .

٦- إذا اختلف القابض والدافع فى الجهة فالقول قول الدافع ١/ ١٤٥ .

٧- إذا اختلف الغارم والمغروم له فى القيمة فالقول قول الغارم ١ /١٥٠ .

٨- إذا اختلف فى الصحة والفساد فالقول قول مدى الصحة فى الأظهر ١ / ١٥٣ .

٩- الإسلام يجب ما قبله ١ / ١٦١ .

١٠- إشارة الناطق القادر على العبارة لغو ١ / ١٦٦ .

١١- إذا اجتمعت الإشارة والعبارة واختلف موجبهما غلبت الإشارة

٢٩- فى التزاحم على الحقوق لا يقدم أحد علـــى أحـــد إلا بمـــرجح ١ / ٢٩٤ .

٣٠- تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة ١ / ٣٠٩ .

٣١- إذا تعارض الحظر والإباحة يقدم الحظر ١ / ٣٧٧ .

٣٢- إذا تعارض الواجب والمحظور يقدم الواجب ١ / ٣٧٧ .

٣٣- إذا تعارض الواجبان قدم أكبرهما ١ / ٣٣٩ .

٣٤- إذا تعارض فضيلتان قد أفضلهما ١ / ٣٤٥ .

٣٥- إذا تعارض المقتضى والمانع قد المانع ١ / ٣٤٨ .

٣٦- إذا تعارض الموجب والمسقط غلب المسقط ١ / ٣٥٠ .

٣٧- التنكير يقتضى التوحيد ١ / ٤١١ .

٣٨- الجمع أقله ثلاثة ٢ / ١٢ .

٣٩- الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة فى حق الآحاد من الناس ٢ / ٢٤ .

٤٠- الحاجة الخاصة تبيح المحظور ٢ / ٢٥ .

٤١- الحال لا يتأجل ٢ / ٢٦ .

٤٢- الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء ٢ / ٤٣ .

٤٣- حقوق الله مبني على المسامحة ٢ / ٥٩ .

٤٤- الخبر ما احتمل الصدق والكذب ٢ / ١١٧

٤٥- الخراج بالضمان ٢ / ١١٩ .

٤٦- الخطأ يرفع الإثم ٢ / ١٢٢ .

٤٧- الدفع أقوى من الرفع ٢ / ١٥٥ .

٤٨- السؤال معاد فى الجواب ٢ / ٢١٤ .

٤٩- ما كان مأمورا به وطريقه الفعل لا يختلف فيه السهو والعمد ٢ / ٢١٩ .

٥٠- السهو فى سجود السهو لا يقضى السهو ٢ / ٢٢٠ .

٥١- الشبهة مسقطة للحد ٢ / ٢٢٥ .

٥٢- الشروط تتعلق بالمستقبل لا الماضى ٢ / ٢٣٢ .

٥٣- الشروع لا يغير حكم المشروع فيه ٢ / ٢٤٢ .

٥٤- إذا شك فى الفعل وعدم الفعل قدم العدم ٢ / ٢٧٤ .

٥٥- إذا تيقن الفعل وشك فى القليل والكثير حمل على القليل لأن اليقين ٢ / ٧٥ .

٥٦- اليقين لا يرفع بالشك ٢ / ٢٨٦ .

٥٧- الصنعة فى المعرفة للتوضيح وفى الفكرة للتخصيص ٣١٣/٢ .

٥٨- صفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط ٢ / ٣١٥ .

٥٩- الضرورات تبيح المحظورات ٢ / ٣١٧ .

٦٠- ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها ٢ / ٣٢٠ .

٦١- الضرر لا يزال بالضرر ٢ / ٣٢١ .

٦٢- أسباب الضمان أربعة عقد ، ويد ، وإتلاف ، وحيلولة ٣٢٢/٢٠

٦٣- إذا وجبت قيمة المتلف اعتبر بمحل الإتلاف إلا في الدين ٢/٣٣٠

٦٤- لا عبرة بالظن البين خطؤه ٢ / ٣٥٣ .

٦٥- العادة محكمة فيما لا ضابط له شرعا ٢ / ٣٥٦ .

٦٦- العادة المضطردة كالشرط ٢ / ٣٦٢ ومثلها : المعروف عرفا كالشروط شرط ومنه أيضا : العادة محكمة .

٦٧- هل العبرة بعقيدة الإمام أو المأموم ٢ / ٣٧٠ .

٦٨- هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ٢ / ٣٧١ .

٦٩- العقود الجائزة الفاسدة لا يمنع فسادها نفوذ التصرف فيها بالإذن وإن زالت خصائص العقد ٢ / ٤٠٩ .

٧٠- الفاسد والباطل سواء في الحكم ٣ / ٧ .

٧١- كل عقد بمسمى فاسد يسقط المسمى ٣ / ١٤ .

٧٢- الفاسد لا يملك فيه شئ ويلزمه الرد ومؤنته وليس له حبسه لقبض البدل ولا يرجع بما اتفق إن علم الفساد ٣ / ١٤ .

٧٣- لا يفسد النكاح بفساد الصداق إلا في الشغار ٣ / ١٥ .

٧٤- القبض الفاسد لا آثر له إلا إذا وقع في ضمن إذن ٣ / ١٧ .

٧٥- فاسد العبادات لا يلحق بصحيحه إلا في الحج حيث يجب المضي فيه ٣ / ١٩ .

٧٦- من شرع في عبادة تلزمه بالشروع ثم أفسدها فعليه قضاؤها

على الصفة التى أفسدها مع الإمكان ٣ / ٢٠ .

٧٧- الأصل فى الفرع أنه يسقط إذا سقط الأصل ٣ / ٢٢ .

٧٨- الفرض لا يؤخذ عليه عوض ٣ / ٢٨ .

٧٩- الفسوخ لا يدخلها خيار ٣ / ٤٤ .

٨٠- سائر العقود اللازمة تقبل الفسخ بالتراضى ٣ / ٤٧ .

٨١- الفسخ الحقيقى هو الرافع للعقد من أصله كالفسخ بعيب المبيع أو الثمن المعين ٣ / ٤٨ .

٨٢- الفسخ المجازى لا يرفع العقد بل يقطعه كالطلاق ٣ / ٤٨ .

٨٣- تعليق الفسخ بصفة لا يجوز ٣ / ٥١ .

٨٤- إذا لم يكن للفسخ فائدة فلا يملكه الفاسخ ٣ / ٤٢ .

٨٥- الفسوخ يغتفر فيها ما لا يغتفر فى ابتداء العقود ٣ / ٥٢ .

٨٦- فعل النفس لا يرجع فيه لقول أحد ٣ / ٥٤ .

٨٧- الفعل ينوب عن القول مع القرينة ٣ / ٥٥ .

٨٨- القدرة على التحصيل كالقدرة على الحاصل فيما يجب له وليس كالقدرة فيما يجب عليه ٣ / ٥٧ .

٨٩- القرائن إذا انضمت إلى الضعيف ألحقته بالقوى ٣ / ٥٩ .

٩٠- كل فعل كان معظم المقصود منه رجاء الثواب من الله تعالى فهو قربة ٣ / ٦١ .

٩١- الترتيب فى الصلاة لا يجب فى القضاء لأنه توابع الوقت وقد

فات ٣ / ٧٨ .

٩٢- كل معلوم من الدين بالضرورة إنكاره كفر ٣ / ٨٤ .

الكليـــات :

٩٣- كل عبادة يجب أن تكون النية مقارنة لأولها إلا الصوم والزكـــاة والكفارة ١٠٤ .

٩٤- كل عبادة يخرج منها بفعل بنافيها ويبطلها إلا الحـــج والعمـــرة ١٠٥ .

٩٥- كل عبادة شملت أركانها لا يجب تخصيص كل ركن منها بنيـــة مستقلة إذا نوى أصل العبادة ١٠٥ .

٩٦- كل وضوء يجب فيه الترتيب إلا وضوء الجنابة ١٠٥ .

٩٧- كل صلاة تفوت فى زمن الحيض لا تقضى إلا ركعتى الطواف لأنها لا تتكرر ١٠٥ .

٩٨- كل من لا تصح صلاته صحة مغنية عـــن القضـــاء لا يصـــح الإقتداء به ١٠٥ .

٩٩- كل تصرف لا يترتب عليه مقصودة لا يشرع من أصله ١٠٦ .

١٠٠- كل ما جاز بيعه فعلى متلفه قيمته ١٠٧ .

١٠١- كل من وجب عليه حق وامتنع منه قام القاضى مقامه ١٠٩.

١٠٢- كل عدد نص عليه الشرع فهو تحديد بلا خلاف ١١٣.

١٠٣- كل ما حرم نظره حرم مسه ١١٤ .

١٣٧- معظم الشيء يقوم مقام كله ١٨٣ .

١٣٨- المكبرٌ لا يكبرٌ ١٩٧ .

١٣٩- من أقدم على عقد كان فى ضمنه الاعتراف بوجود شـرائطه ولا يسمع منه خلاف ذلك إلا أن يذكر تأويلا ١٩٩ .

١٤٠- من تعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه ٢٠٥ .

١٤١- من حفر بئرا فى ملكه فتلف بها شيء لم يضمن ٢٠٦ .

١٤٢- من ملك الإنشاء ملك الإقرار ٢٠٦ .

١٤٣- من لا يملك التصرف لا يملك الإذن فيه ٢١١ .

١٤٤- من ملك التنجيز ملك التعليق ٢١١ . ومن لا يملك التنجيـز لا يملك التعليق ٢١١ .

١٤٥- المعلق لا ينجز ٢١٦ .

١٤٦- من ملك الكل ملك البعض ٢١٧ .

١٤٧- المال ما كان منتفعا به ٢٢٢ .

١٤٨- من علم حرمة شئ مما يجب فيه الحد وجهل وجوب الحد لـم ينفعه جهله من الحد بخلاف جهله بالحرمة ٢١٨ .

١٤٩- من كان القول قوله فى أصل الشيء كان القول قوله فى صفته ومالا فلا ٢١٩ .

١٥٠- النادر إذا لم يدم يقتضى القضاء وإذا دام يعطى حكم الغالـب ٢٤٢ .

١٥١- النكرة إذا أعيدت كانت غير الأولى ٢٨١ .

١٥٢- مالا تجب فيه النية أصلا إذا قارنتها نية اعتبرت ٢٩٦ .

١٥٣- ما اشترطت فيه النية إن كان عبادات منفصلة فلا بد لكل واحد من نية ، وإن كانت عبادة واحدة ذات أفعال وأركان متعددة كفت نية واحدة ٢٩٧ .

١٥٤- نية الخروج من العبادة عند إنهائها لا تجب وإن كان قبل الفراغ ٣٠٢ .

١٥٥- الهواء فى الأرض والبناء تابع لأصله ٣١٥ .

١٥٦- الولاية إذا ثبتت للشخص بالتقديم لقربة فغاب انتقلت إلى السلطان ٣٤٤ .

١٥٧- الولاية الخاصة أقوى من الولاية العامة ٣٤٥ .

١٥٨- يغتفر فى الابتداء مالا يغتفر فى الدوام ٣٧٢ .

١٥٩- يغتفر فى معاملة الكفار مالا يغتفر فى غيرها تأليفا لهم على الإسلام ٣٧٨ .

١٦٠- يغتفر عند الانفراد مالا يغتفر عند الاجتماع ٣٨٠ .

١٦١- اليقين شرط فى الإقرار .

١٦٢- اجتماع خير الخيرين مطلوب واجتناب شر الشرين مرغوب ٣٩٥ .

****

البـــاب الأول

الفصل الأول : فى دراسة أهم القواعد الفقهية وآثرهـا فـى الأحكـام الشرعية .

المبحث الأول : فى قاعدة الأمور بمقاصدها .

المبحث الثانى : فى الأبواب الفقهية التى ترجع إلى قاعدة الأمـور بمقاصدها .

المبحث الثالث : فى محل النية ووقتها المجزئ منها شرعا .

المبحث الرابع : شروط النية والحكمة من مشـروعيتها ولزومهـا للأعمال الشرعية .

المبحث الخامس : أهم القواعد الكلية التى ينـدرج تحـت قاعـدة الأمور بمقاصدها .

الفصل الثانى :

المبحث الأول : شرح قاعدة أساسية (اليقين لا يزول بالشك)

المبحث الثانى : ما يندرج تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك .

المبحث الثالث : فى قاعدة الأصل براءة الذمة .

البـــاب الثانى

الفصل الأول : من القواعد الكبرى قاعدة المشقة تجلب التيسير .

المبحث الأول : مفهوم المشقة ومعنى القاعدة ومفهومها الشرعى .

المبحث الثانى : فى أنواع المشاق الموجبة للتيسير (الرخص)

الباب الأول

الفصل الأول : فى دراسة أهم القواعد الفقهية وأثرها فى الأحكام الشرعية

المبحث الأول : فى قاعدة الأمور بمقاصدها

إن هذه القاعدة من أهم القواعد وأعمقها جذورا فى الفقه الإسلامى وقد أولاها الفقهاء عناية بالغة فأضفوا فى شرحها والتفريع عليها ، لأن جميع الأعمال التى يثاب العبد عليها أو يعاقب تشمل بعمومها الواجب والمندوب والحرام والمكروه والمباح ، ويعنى ذلك أنه إذا قام المكلف بعمل من الأعمال الدينية أو الدينوية فإن الحكم عليه بالصحة أو الفساد أو البطلان ، إنما يكون بناءً على قصده هذا ونيته ، فإن قصد بالفعل أو الترك طاعة الله عز وجل ثبت عليها وإن قصد معصية الله عوقب عليها .

والأصل فى هذه القاعدة قوله صلى الله عليه وسلم فى الحديث الذى أخرجه الأئمة الستة وغيرهم "إنما الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى" ولهذا تختلف نتائج الفعل وآثاره حسب قصد العبد المكلف مما قام به ، فقد إعتاد الناس جميعا فى كل صباح على النظافة والاغتسال لكل الجسم أو لبعض الأعضاء فالفرق بين العادة والعبادة يكون بالنية ، فمن غسل أعضاء الوضوء بنية الوضوء فهو عبادة ومن غسل أعضاء الوضوء بغير نية فهو عادة وليس عبادة ، ولا يعرف ذلك كله إلا

بقصد العبد ونيته ، وكل هذا لا يعرف إلا من جهته ، ونقيس على ذلك حركات الصلاة وحركات الرياضة ، فالأولى عبادة والثانية عادة وكل ذلك لا يعرف إلا بالنية ، وأيضا المحرمات المنهى عنها فالامتثال بالترك لها بقصد طاعة الله فى ترك المنهيات والمحرمات هذه عبادة ومن ترك المحرمات لأن نفسه تعافه أو لعدم الرغبة فيه فإن هذا الترك نفورا من هذا الشيء أو استقزاز له يعتبر عادة لا يثاب عليه .

والنية فى عرف الفقهاء هى القصد المقترن بالفعل وقد عرف علماء الشرع بوجه عام النية إلا بأنها الإخلاص لله تعالى ، أخذا من قوله سبحانه وتعالى فى سورة البينة " وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ "[1] أى ما أمروا إلا بعبادة الله وحده لا يرجون الثواب إلا منه ، وهذا هو قمة الإخلاص لله سبحانه وتعالى ، وفى موضوع أخر يقول الله تعالى " وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ فَسَوْفَ نُؤْتِيهِ أَجْراً عَظِيماً " [2] وفى موضع آخر يقول " الَّذِينَ يُنْفِقُونَ أَمْوَالَهُمُ ابْتِغَاءَ مَرْضَاتِ اللَّهِ " [3] فجميع هذه الآيات فيها دلالة واضحة على كون النية ركنا أساسيا فى قبول الأعمال والتصرفات وصحتها .

وقد ذهب ابن حزم إلى وجوب النية فى جميع الأعمال والتصرفات

---

[1] سورة البينة آية ٥

[2] سورة النساء آية ١١٤

[3] سورة البقرة آية ٢٦٥

فمن الآيات التى أوردها فى هذا الباب قوله تعلى " لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَنْزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ وَأَثَابَهُمْ فَتْحاً قَرِيباً " [1] وقوله تعالى " وَلا أَعْلَمُ الْغَيْبَ وَلا أَقُولُ إِنِّي مَلَكٌ وَلا أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعْيُنُكُمْ لَنْ يُؤْتِيَهُمُ اللَّهُ خَيْراً اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنْفُسِهِمْ " [2] .

وبعد أن ساق هذه الآيات وما سواه من الأدلة قال فصح بكل ما ذكرنا أن النفس هى المأمور بالأعمال وأن الجسد آية لها فإن ثبوت النفس بالعمل الذى تصرف فيه الجسد وجها ما فليس لها غيره . . . .

وقد أخذ الله تعالى على لسان نبيه عليه الصلاة والسلام أنه " لا ينظر إلى الصور فإنه لم ينظر إلى الصور فقد بطل أن يجزى عمل الصورة المنفرد عن عمل القلب الذى هو النية ، وصح أنه تعالى إنما ينظر إلى القلب وما قصد به فقط [3] .

فهذا كلام حسن يلقى الضوء على أهمية النية أما الأحاديث الأخرى التى تأصل هذه القاعدة بجانب الحديث المشهور فهى كثيرة جدا منها ما روى فى صحيح البخارى عن أبى موسى قال : جاء رجلا إلى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ما القتال فى سبيل الله فإن

---

[1] سورة الفتح آية ١٨

[2] سورة هود آية ٣١

[3] ابن حزم الأحكام فى أصول الأحكام جـ٥ ص ٧٠٧

أحدنا يقاتل غضبا ويقاتل حمية فرفع إليه رأسه وقال .. وما رفع إليه رأسا إلا كان قائما فقال من قاتل لتكون كلمة الله هى العليا فهــو فــى سبيل الله [1] . ففى هذا الحديث نرى النبى صلى الله عليه وسلم أرشد إلى تصحيح النية فى الجهاد وبين أن إعــلاء كلمــة الله هــى الغايــة القصوى التى تطمح إليها عند القتال وأن يكون العمل خالصا من كــل شائبة ومنها الرياء والسمعة وحمية الجاهلية .

ومن الشواهد أيضا لهذه القاعدة ما جاء فى حديث طويل قوله صلى الله عليه وسلم " يبعثهم الله على نياتهم " [2] وقوله صلى الله عليه وسلم من حديث أبى ذر عند النسائى " من أتى فراشه وهو ينــوى أن يقــوم يصلى من الليل فغلبته عينه حتى يصبح كُتب له ما نوى " .

فالنية تسبق العمل فى الحصول على الأجر فقد روى الشهاب فــى مسنده أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " نية المرء خير من عمله ".

ونجد فى كتاب الله والسنة المطهرة من الآيات والأحاديث الكثيــرة التى تشهد لهذه القاعدة ويمكن منها إدراك مزيد أهميتها وأمرهــا فــى الأعمال والتصرفات ما تدل عليه الآية الكريمة قوله تعالى : " وَمَــنْ يَخْرُجْ مِنْ بَيْتِهِ مُهَاجِراً إِلَى اللَّهِ وَرَسُولِهِ ثُمَّ يُدْرِكْهُ الْمَوْتُ فَقَدْ وَقَعَ أَجْرُهُ

---

[1] صحيح البخارى جـ١ ص ٤٣ باب من سأل وهو قائم عالما جالسا .

[2] صحيح مسلم فى كتاب الفتن باب الخف بالجيش الــذى يــؤم البيــت جـــ ٤ ص ٢٢١٠

عَلَى اللَّهِ وَكَانَ اللَّهُ غَفُوراً رَحِيماً " [1] ففى هذه الآية إشارة وتوجيه إلى إخلاص القصد والإرادة قال الإمام ابن جرير الطبرى فى تفسير هـذه الآية " ومن يخرج مهاجرا من داره إلى الله ورسوله فقـد اسـتوجب ثواب هجرته باحترام المنية إياه [2] وقيل أن نزول هذه الآية فى رجل كان من خزاعة فلما أمروه بالهجرة كان مريضا فأمر أهله أن يفرشوا له على سريره ويحملوه إلى رسول الله صلى الله عليه وسـلم ففعلـوا فأتاه الموت وهو بالتنعيم فنزلت هذه الآية . فإن إدراك الأجـل قبـل إكمال العمل لم ينقص شيئا من ثوابه ومكانته عند الله عـز وجـل لوجود النية الصادقة .

****

[1] سورة النساء آية ١٠٠

[2] تفسير الطبرى جـ ٥ ص ٢٣٨

المبحث الثانى

الأبواب الفقهية التى ترجع إلى قاعدة الأمور بمقاصدها

ذهب ابن حزم إلى وجوب النية فى جميع الأعمال والتصرفات ومن الأدلة التى أوردها فى هذا الباب قوله تعالى " لَقَدْ رَضِيَ اللَّهُ عَنِ الْمُؤْمِنِينَ إِذْ يُبَايِعُونَكَ تَحْتَ الشَّجَرَةِ فَعَلِمَ مَا فِي قُلُوبِهِمْ فَأَنْزَلَ السَّكِينَةَ عَلَيْهِمْ وَأَثَابَهُمْ فَتْحاً قَرِيباً " [1] وقوله تعالى : " وَلا أَقُولُ لَكُمْ عِنْدِي خَزَائِنُ اللَّهِ وَلا أَعْلَمُ الْغَيْبَ وَلا أَقُولُ إِنِّي مَلَكٌ وَلا أَقُولُ لِلَّذِينَ تَزْدَرِي أَعْيُنُكُمْ لَنْ يُؤْتِيَهُمُ اللَّهُ خَيْراً اللَّهُ أَعْلَمُ بِمَا فِي أَنْفُسِهِمْ " [2] وقوله تعالى : " إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ وَاللَّهُ يَعْلَمُ إِنَّكَ لَرَسُولُهُ وَاللَّهُ يَشْهَدُ إِنَّ الْمُنَافِقِينَ لَكَاذِبُونَ " [3] .

وبعد أن ساق هذه الآيات الكريمة وما سواها قرر أن النفس هى المأمورية بالأعمال وأن الجسد آلة لها فإن نوت النفس بالعمل الذى تصرف فيه الجسد وجها ما فليس لها غيره ٠٠ وقد أخبر الله تعالى على لسان نبيه صلى الله عليه وسلم أنه لا ينظر إلى الصور ولكن ينظر إلى القلوب الذى هى محل النية ، فهذه القاعدة تتعلق بالنية فى كل أمور العباد ، وقد تواتر النتقل عن الأئمة فى تعظيم قدر حديث

---

[1] سورة الفتح الآية ١٨

[2] سورة هود الآية ٣١

[3] سورة المنافقون الآية ١

النية فقد قال أبو عبيدة ليس فى أخبار النبى صلى الله عليه وسلم شيء أجمع واغنى وأكثر فائدة منه ، واتفق الإمام الشافعى والإمام أحمد بن حنبل ،أبو داود والدارقطنى وغيرهم على أن حديث النية هو ثلث العلم ، ذلك أن كسب العبد يقع بقلبه ولسانه وجوارحه ، والنية هى عمل القلب ، فهى أحد الثلاثة أقسام المتعلقة بعمل العباد المكلفين وأن كانت النية ترجحها لأنها فى ذاتها عبادة مستقلة ومع ذلك فهى تتداخل فى بقية الأعمال الخاصة باللسان والجوارح سواء كان ذلك بطلب الشارع أو باختيار العبد ، وكانت النية مستقلة بذاتها وكانت بقية الأقسام فى حاجة إليها للحصول على الثمرة المرجوة منها سواء كان ذلك فى أمور الدين أو كان فى أمور الدنيا [١] .

وقال أبو داود مدار السنة على أربعة أحاديث ، حديث " الأعمال بالنيات " ، حديث "من حسن إسلام المرء تركه مالا يعنيه " ، وحديث " الحلال بين والحرام بين " ، وحديث " أن اله طيب لا يقبل إلا الطيب " . وفى لفظ عنه يكفى الإنسان أربعة أحاديث فذكرها وذكر بدل الأخير حديث " لا يكون المؤمن مؤمنا حتى يرضى لأخيه ما يرضى لنفسه " [٢] .

أما الإمام أحمد رضى الله عنه جعل حديث النية أحد القواعد الثلاثة

---

[١] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٩

[٢] المرجع السابق

التى ترد إليها جميع الأحكام عنده فإنه قال : أصول الإسلام على ثلاثة أحاديث : حديث " الأعمال بالنيات " ، وحديث " من أحدث فى أمرنا هذا ما ليس منه فهو رد " ، وحديث الحلال بين والحرام بين " ، وقال الدارقطنى أصول الأحاديث أربعة " الأعمال بالنيات ، ومن حسن إسلام المرء تركه مالا يعنيه والحلال بين ، وازهد فى الدنيا يحبك الله [1] .

وأورد صاحب الأشباه والنظائر الكثير من الأقوال التى تدل على أن النية ركن ركين وأساس أصيل فى كل الأعمال عبادية كانت أو دنيوية ، ومما أورده قوله قال ابن مهدى حديث النية يدخل فى ثلاثين بابا من العلم ، وقال : الشافعى يدخل فى سبعين بابا قلت وهذا يرجع إليه الأبواب إجمالا من ذلك ربع العبادات بكماله كالوضوء والغسل فرضا ونفلا ومسح الخف والتيمم وإزالة النجاسة على رأى وغسل الميت على رأى والأوانى فى مسألة الضبة بقصد الزينة وغيرها والصلاة بأنواعها فرض عين وراتبة وسنة ونفلا مطلقا والقصر والجمع والإمامة والإقتداء وسجود التلاوة والشكر وخطبة الجمعة على أحد الوجهين والأذان على رأى واستعمال الحلى أو كنزه والتجارة والقنية والخلطة على رأى ، وبيع المال الزكوى وصدقة التطوع والصوم فرضا ونفلا ، والاعتكاف والحج والعمرة كذلك الطواف

---

[1] المرجع السابق

فرضا واجبا وسنة والتحلل للمحصر والتمتع على رأى ومجاوزة الميقات والسعى والوقوف والفدية والهدايا والضحايا فرضا أو نفلا والنذور والكفارات والجهاد والعتق والتدبر والكتابة والوصية والنكاح والوقف وسائر القرب بمعنى توقف حصول الثواب على قصد التقرب بها إلى الله وكذلك نشر العلم تعليما وإفتاء وتصنيفا والحكم بين الناس وإقامة الحقوق وكل ما يتعاطاه الحكام والولاة وتحمل الشهادات وأداؤها بل يسرى ذلك إلى سائر المباحات إذا قصد بها التقوى على العبادة أو التوصل إليها كالأكل والنوم واكتساب المال وغير ذلك وكذلك النكاح والوطء إذا قصد به إقامة السنة أو الإعفاف أو تحصيل الولد الصالح وتكثير الأمة ويندرج فى ذلك ما لا يحصى من المسائل ومما تدخل فيه من العقود ونحوها كنيات البيع والهبة والوقف والقرض والضمان والإبراء والحوالة والإقالة والوكالة وتفويض القضاء والإيجارة والوصية والعتق والتدبير والكتابة والطلاق والخلع والرجعة والإيلاء والظهار والأيمان والقذف والأمان . ويدخل أيضا فى غير الكنايات فى مسائل شتى كقصد لفظ الصريح لمعناه ونية المعقود عليه فى البيع والثمن وعوض الخلع والمنكوحة ويدخل فى بيع المال الربوى ونحوه وفى النكاح إذا نوى ما لو صرح به بطل .

وفى القصاص فى مسائل كثيرة منها تمييز العمد وشبهة ومنها الخطأ ومنها إذا قتل الوكيل فى القصاص إن قصد قتله عن الموكل أو

قتله بشهوة نفس وفى الردة وفى السرقة فيما إذا أخـذ آلات الملاهـى بقصد كسرها أو إشهارها أو بقصد سرقتها وفيما إذا أخذ الدائن مـال المدين بقصد الاستيفاء أو السرقة فلا يقطع فى الأول ويقطع فى الثانى وفى أداء الدين فلو كان عليه دينان لرجل لأحدهما رهن فأدى أحدهما ونوى به دين الرهن إنصرف إليه والقول قوله فى نيته وفـى اللقطـة بقصد الحفظ أو التمليك وفيما لو أسهم على أكثر من أربعة فقال فسخت نكاح هذه فإن نوى به الطلاق كان تعيينا لاختيار النكـاح وإن نـوى الفراق إذ طلق حمل على اختيار الفراق .

وعدد صاحب الأشباه والنظائر أمورا كثيرة حتى أنه تعرض للنيـة فى فعل الذنب كبيرا أو صغيرا وأيضا فى فعل الأشياء العارضـة مثل عصير العنب يعصره فيقصد به أن يشربه حلالا أو يخمـره وغير ذلك من الأمور وقال فى نهاية هذا الأمر فهذه سبعون بـاب دخلت فيها النية ، فعلم من ذلك فساد قول من قال إن مراد الشافعى بقوله تدخل فى سبعين بابا من العلم المبالغة فإذا عددت مسائل هذا الباب هى أكثر من سبعين [١] .

محل النية : وقتها والمجزئ منها شرعا :

والنية محلها القلب وهو قول جمهور علماء الشـريعة ، وقيـل أن

---

[١] الأشباه والنظائر ص ١١

العقل فى الدماغ لا فى القلب ورأى الجمهور أرجح ويدل علـى ذلـك قوله تعالى " خَتَمَ اللَّهُ عَلَى قُلُوبِهِم " [١] وقوله تعالى " أَفَلَمْ يَسِيرُوا فِـي الْأَرْضِ فَتَكُونَ لَهُمْ قُلُوبٌ يَعْقِلُونَ بِهَا أَوْ آذَانٌ يَسْمَعُونَ بِهَا فَإِنَّهَا لا تَعْمَى الْأَبْصَارُ وَلَكِنْ تَعْمَى الْقُلُوبُ الَّتِي فِي الصُّدُورِ " [٢]على أن محل النيـة أمر يدخل فى أحد أركان الإنسان وهو الركن الأهم الروح وهذه مـن أمر الله عز وجل لقوله تعالى "وَيَسْأَلُونَكَ عَنِ الرُّوحِ قُلِ الـرُّوحُ مِـنْ أَمْرِ رَبِّي وَمَا أُوتِيتُمْ مِنَ الْعِلْمِ إِلَّا قَلِيلاً " ولهذا نجد العلم الحـديث لـه أقوال كثيرة مضطربة فى هذا الميدان ولذلك وجب علينا التسليم بمـا قاله الله فى كتابه العزيز .

وقد اتفق الفقهاء خلافا لما نقله الماوردى عن البعض بوجوب التلفظ بالنية على أنه لو نوى بقلبه من غير لفظ اجزاه ذلك ، فإن كانت النية قصد الإنسان بقلبه وتوجهه وميله إلى ما لا يريد بفعله أغنت عن التلفظ بقوله نويت كذا ، كما أن حديث النفس بالنية دون ميل إلى مـا يؤيـده بفعله لا يغنى عن ذلك الميل ولا يعتبر فيه نية ، كذلك لا يعتبـر نيـة اللفظ المجرد عن القصد والميل والأعمال التى تبنى على حديث النفس أو اللفظ المجرد لا وزن لها لأنها مبنية على غير أساس[٣] ، على أننا

---

[١] سورة البقرة الآية رقم ٧

[٢] سورة الحج الآية رقم ٤٦

[٣] الشعرانى فى الميزان جـ ١ ص ٩٦

نرى أن الشافعية رضى اله عنهم قالوا أن من الأولى التلفظ بالنية فـــى الصلاة لأنها عبادة الأفضل أن يشارك فيها ثلاثة أشياء : نيـــة القلـــب والقول باللسان ورفع اليدين فهو عمل الجوارح فيشترك الثلاثة فى هذا

وقــت النيــة :

كما ذكرنا سابقا أن النية تدخل فى الأمور العبادية والدنيوية وهـــى تختلف فى بعض المذاهب فوقتها فى الوضوء عند المالكيـــة أو بــدء الوضوء فلو غسل بعض الأعضاء بدون نية فإن وضوءه يبطل وقــد يغتفر تقدمها على الفعل بزمن يسير فلو جلس للوضوء ثم انقطعت عنه المياه برهة ولم ينو بعد ذلك فإن وضوئه يصح لأنه لم يفصـــل بـــين وضوئه وبين النية فاصل كثير . ولكن يلاحظ أن النية عنـــد المالكيـــة تلزم عند غسل الوجه وعليه فينوى للسنن السابقة علـــى الوجـــه نيـــة منفردة [١] . أما عند الحنفية والشافعية فالنية عند أول غسل جزء مـــن الوجه ، أما عند الحنابلة فإن وجبها عندهم وقت المضمضة لأنها أول واجبات الوضوء عندهم وإن كان يستحب تقديمها على غســـل اليـــدين والتسمية لتشمل أول واجبات ، كما يستحب إستدامة ذكرها فى ســـائر وضوئه [٢] .

وقد استثنى الفقهاء الصيام من شرط مقارنة النية لأول الفعل ذلـــك

---

[١] الفقه على المذاهب الأربعة

[٢] الكافى حـــ ١ ص ٢٨

لأن المقارنة لا تتأتى فيه ومثلها كنايات العقود والحلول فزمنها فيهـا زمن النطق بلفظ الكناية قبل الفراغ منه [1] .

أمام الزكاة والكفارة والأضحية فزمن النية فيها إما عـزل المـال المخرج للزكاة والكفارة وعزل الشاة التى تضحى بها ، وأمـا زمـن الإعطاء للمستحق فى الزكاة والكفارة وزمن الذبح فـى الأضـحية ، ويشترط فى ذلك كله إسلام الناوى وتمييزه وعلمه بالمنوى وعدم إتيانه بما ينافيها بأن يستصحبها حكما [2] .

والإشارة تقوم مقام العبارة فى الأخذ والمعطاة عند أكثـر الفقهـاء وتجعل النية صالحة تترتب الأحكام الشرعية عليها فمن أراد أن يبيـع شيئا لآخر بثمن معلوم قد تراضيا عليه فأشار البائع للمشترى أن يأخذه فأخذه كان هذا البيع صحيحا سواء أشار إليه بيـده أم برأسـه إشـارة يعرف منها الرضا بالبيع والإذن بالاستلام . أما الألفاظ الصريحة فهى تفيد مدلولها وتترتب عليها آثارها دون التوقف على النية فمـن قـال لزوجه أنت طالق فهى طالق فلا يقبل منه أن يقول أنا لم أنوى الطلاق ولا كنى أردت بقولى طالق أنها خالية من القيد مطلقة تسير حيث تشاء وتفعل ما تريد أى المعنى اللغوى من اللفظ ولم يرد المعنى الشرعى أو قال شخص لأخر بعتك هذا الشئ بكذا وقبل المشترى انعقد البيع مـن

---

[1] نهاية الأحكام للحسينى جـ١ ص ١٢٢

[2] نهاية الأحكام للحسينى جـ١ ص ١٢٢

غير توقف على النية ولو قال وهبت أو أوصيت لفلان بكذا فقبل الهبة أو الوصية فلا يقبل منه لو قال كنت هازلا ولم أكن جادا إلا إذا كانت هناك قرينة قوية على إرادة الهزل والمزاح كأن يقول شخص لآخر ابنتك هذه ٠٠ وهى طفلة زوجها لابنى فلان ٠٠ وهو طفل فى ساعة قيل هذا القول فى وقت مرح ومداعبة ، فإن هذا القول لغو لا يترتب عليه زواج ولا شبه وعد . وإن كان الواجب على المسلم ألا يجعل عقد الزواج الذى سماه الله الميثاق الغليظ موضوع مزاح ولغو وكذلك أيضا العقود الأخرى .

وأما الألفاظ غير الصريحة فتختلف أحكامها باختلاف النية بمعنى أن للمتكلم أن يقول أردت بهذا اللفظ كذا ولم أرد كذا فيقبل قوله ما لم تدل القرينة على خلافه ويشترط ألا يخل قوله بقاعدة شرعية فلو قال شخص لأخر أبيعك دارى بكذا فقال الأخر قبلت ثم قال البائع لم يكن قولى بيعا ولكنه كان وعدا قبل قوله لأن البيع لا ينعقد باللفظ الدال على الحال أو الاستقبال مثل أبيع وهو ليس صريحا فى البيع لأنه يحتمل البيع والوعد بالبيع ولهذا كان العقد متوقفا على النية .

شروط النية :

الشرط الأول الإسلام : ومن ثم لم تصح العبادات من الكافر وقيل يصح غسله دون وضوئه وتيممه وقيل يصح الوضوء أيضا وقيل يصح التيمم أيضا ومحل الخلاف فى الكافر الأصلى ، أما المرتد فلا يصح

منه غسل ولا غيره [1] وخرج من ذلك صور الأولى الكتابيـــة تحـــت المسلم يصح غسلها عن الحيض ليحل وطئها بلا خلاف كالضـــرورة ويشترط نيتها الثانية الكفارة تصح من الكافر ويشترط منه نيتهـــا لأن المغلب فيها جانب الغرامات والنية فيها للتمييز لا للقربى وهى بالديون أشبه ، وبهذا يعرف الفرق بين عدم وجوب إعادتهـــا بعـــد الإســـلام ووجوب إعادة الغسل بعده والثالثة إذا أخرج المرتد الزكاة فـــى حـــال الردة تصح وتجزيه ، الرابعة ذكر قاضى القضاة جلال الدين البلقينـــى أنه يصح صوم الكافر بصورة وذلك إذا اسلم مع طلوع الفجر ثـــم إن وافق آخر إسلامه الطلوع فهو مسلم حقيقة ويصح منه النفل مطلقا .

الشرط الثانى التمييز : فلا تصح عبادة صبى لا يميز ولا مجنـــون وخرج من ذلك الطفل يوضئه الـــولى للطـــواف حيـــث يحـــرم عنـــه والمجنونة يغسلها الزوج عن الحيض وينوى على الأصح [2] .

الشرط الثالث العلم بالمنوى : فمن جهـــل فرضـــية الوضـــوء أو الصلاة لم يصح منه فعله وكذا لو علم أن بعض الصلاة فرض ولم يعلم فرضية الوقت الذى شرع فيها ، أو أن علم الفرضية وجهل الأركان أو اعتقد الكل سنة أو البعض فرضا والبعض سنة ولم يميزها لم تصـــح قطعا ، قال الغزالىّ الذى لا يميّز الفرائض من السنن تصـــح عبادتـــه

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٣٥

[2] المرجع السابق

بشرط ألا يقصد التنفل بما هو فرض فإن قصده لم يعتد به .

الشرط الرابع ألا يأتى بمناف : فلو ارتد فى أثناء الصلاة أو الصوم أو الحج أو التيمم بطل أو الوضوء أو الغسل لم يبطل لأن افعالهما غير مرتبطة ببعضها لكن لا يحسب المغسول فى زمن الردة . ومن المناف للنية نية القطع وفى ذلك فروع كثيرة نذكر بعضها مثل نـوى قطـع " الإيمان والعياذ بالله " صار مرتدا فى الحال ، نوى قطع الصلاة بعـد الفراغ منها لم تبطل بالإجماع وكذا سائر العبادات ، نوى قطع الصلاة أثناء الصلاة بطلت بلا خوف لأنها شبيهة بالإيمان ، نوى قطع الطهارة أثناءها لم يبطل ما مضى فى الأصح لكن يجب تجديد النية لما بقـى ، نوى قطع الصوم والاعتكاف لم يبطلا فى الأصح .

الحكمة من مشروعية النية ولزومها للأعمال الشرعية :

إن الله عز وجل أكرم من أن يكلف الإنسان فوق وسعه وطاقته فقال تعالى " لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا لَهَا " وقال رسول الله صـلى الله عليه وسلم " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم .

وعلى هذا فما لا اختيار للإنسان فيه لا يتعلق به تكليف ولا يترتب عليه ثواب أو عقاب ومن ثم كان التكليف ساقطا عن النـائم والغافـل والناسى والمجنون والمغمى عليه والجاهل والمخطئ والمكره ، والأدلة على هذا كثيرة منها قوله تعالى "إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْأِيمَانِ" [١]

---

[١] سورة النحل الآية ١٠٦

ومنها قوله صلى الله عليه وسلم " إن الله تجاوز لأمتى عن الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه [1] ومنها قوله صلى الله عليه وسلم " رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن المبتلى حتى يبرا وعن الصبى حتى يكبر " [2] وهكذا فالتكليف الذى يترتب عليه الثواب والعقاب إنما يتعلق بالعمل ما دام مصحوبا بالقصد والنية . أما إذا كان عرى عنهما فلا تكليف حينئذ ولا يخرج عن ذلك التكليف إلا فاقد العقل أو مالا يعقل أصلا كالبهائم ، ولما كان مجال هذا البحث هو النية الشرعية كان لابد من بيان الحكمة فى مشروعيتها ولزومها للأعمال الشرعية وقد أجملها الفقهاء فى أمرين أشرنا إلى بعضها فيما سبق ويمكن أن نجملها فيما يأتى :

١- تمييز العبادات عن العادات بتمييز ماهية مما ليس له نية لازمة عما يلزمه النية شرعا .

٢- تمييز مراتب العبادات فى أنفسها لتميز مكافأة العبد وتقدير ثوابه وإظهار تعظيمه لقدر ربه .

ومن أمثلة الأولى الغسل يكون تبردا أو عبادة ومن أمثلة الثانى الصلاة تنقسم إلى فرض ومندوب وكذلك القول فى قربات المال

---

[1] رواه ابن ماجه فى الطلاق

[2] أخرجه أبو داود والترمذى فى الحدود وابن ماجه فى الطلاق وغيرهم

والصوم والغسل فشرعت النية لتميز هذه الرتب بعضها عن بعض [1]

٣- أن النية تخصص العام وتقيد المطلق . وأكثر ما يكون ذلك فـــى الطلاق والعتق واليمين [2] وهذا التخصيص والتقييد مقبول من جهة الديانة عملا بقاعدة الأعمال بالنيات أما من جهة القضاء والحكم فقد اختلف فى ذلك الفقهاء [3] فمنعه المالكية والشافعية وبعض الأحناف والحنابلة فى إحدى الروايات عنهم وأجازه الـــبعض الأخـــذ مـــن الأحناف والجنابلة فى الرواية الثانية عنهم وهى التى رجحها ابـــن القيم واستصوبها واستدل على أنها جاءت على أصل مذهب الإمام أحمد والذى قرره ابن القيم هو ما تفيده القاعـــدة قاعـــدة الأعمـــال بالنيات .

٤- يبنى على قاعدة الأعمال بالنيات أن ما يصدر عن المكلـــف مـــن العقود والتصرفات المباحة التى يقصد من ورائهـــا إلـــى تحقيـــق غرض محرم تعتبر حراما ويدخل فى ذلك بابان كبيران هما الحيل وسد الذرائع ، مثال الأول نكاح التحليل ومثال الثانى بيـــع العينـــة وهو أن يبيع السلعة مثلا بمائة مؤجلة ويشتريها بخمســـين معجلـــة

---

[1] القواعد الفقهية وتطبيقاتها العملية فى الأحكام الشرعية أ. نصر فريد ص٨٤

[2] القواعد الفقهية من خلال كتاب الأشراف للقاضى عبد الوهاب البغدادى .

[3] انظر المغنى جـــ٨ ص٣٩ وإعلام الموقعين جـــ١،٣ ص ٦٣ والأشباه لابـــن نجيم ص٦٥ وقواعد ابن رجب ص ٣١ .

والشافعى يخالف فى هذا المثال ، وفى أمثلة أخرى من سد الذرائع بحجة تقديم القياس لكنه متفق مع الفقهاء على أصل سد الذرائع[١]

وينتظم فى هذا الإطار أيضا الوجه المعاكس وهو إرتكاب الأعمال المحرمة التى يراد اتخاذها وسيلة إلى مقاصد حسنة ومن أمثلة ذلك ما يجرى فى هذا العصر مما أشار إليه الدكتور وهبه الزحيلى فى مقال له بقوله " فشا فى هذا العصر أن العبرة فى كل شئ بالنية وأن المعول على ما فى القلب دون تقييد بحدود الشريعة وأحكامها ومع ارتكاب الحرام أحيانا بقصد حسن وتفاخر بان الفعل محل الثواب والجزاء الحسن عند الله تعالى النية فما دام الغرض هو الخير ومساعدة المحتاجين والفعل خير ولو من طريق حرام مثل بعض أنواع اليانصيب المسمى باليانصيب الخيرى الذى يقصد منه جمع أموال لفعل الخير ومساعدة المنكوبين أو الجائعين أو المكفوفين أو الصم أو البكم أو إقامة ما يسمى بالأسواق الخيرية التى يباح فيها الرقص والاختلاط والمنكرات بقصد جمع الأموال لمشاريع خيرية ومثل كذب بعض الجراسيس لمعرفة أسرار العدو وكل هذه المقاصد الحسنة لا تسوغ فهل الحرام [٢] .

---

[١] انظر الفروق للقرافى جـ٢ ص٣٢ وإعلام الموقعين لابن القيم جـ٢ ص١٣٥

[٢] مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية السنة الثانية العدد الثالث ص ١٠٤ والمقال عنوانه النية والباعث فى فقه العبادات والعقود والفسوخ .

على أن بعض هذه الأمثلة فيها نظر فكذب الجاسوس فى الحــرب مثلا لمعرفة أسرار العدو جائز إذا اقتضته مصلحة الحــرب وجــوازه ليس بسبب ما يفضى إليه من مقصد حسن إنما هو ثابــت بالشــرع إذا الحرب يجوز فيها ما لا يجوز فى غيرها ، كما هو معروف وقد ثبــت فى السيرة النبوية أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يبعث فى مغازيه بعيونه لاستطلاع أخبار العدو .

أهم القواعد الكلية التى تندرج تحت قاعدة الأمور بمقاصدها :

ومن القواعد الكلية المهمة التــى تنــدرج تحــت قاعــدة الأمــور بمقاصدها ثلاثة قواعد وهى :

١- قاعدة : مقاصد اللفظ على نية اللافظ .

٢- قاعدة : هل الإيمان مبينة على الألفاظ أم على الأغراض ؟

٣- قاعدة : هل العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها ؟

القاعدة الأولى عبر عنا صاحب الأشباه والنظائر بقوله مقاصد اللفظ على نية اللافظ إلا فى موضع واحد وهو اليمين عند القاضى فإنها على نية القاضى دون الحلف ، والذى لا شك فيه أن اللفــظ هــو الشــىء الظاهر والنية أمر خفى ، فإذا خرج اللفظ من الإنسان كان على نيــة المتكلم لأنه هو الذى يحدد مقصده من هذا اللفظ وذلك لحديث " إنمــا الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى " وهذا وأن كان عاما ومتفقا عليه عند الفقهاء إلا أنهم استثنوا منه اللفظ المتعلق باليمين عند القاضى

وذلك لوجود الخلاف فيه بين الفقهاء هل يبقى علـــى أصـــل القاعـــدة ويكون على نية الحالف لأنه هو الذى يعرف مقصوده ومؤكده بالحلف أم يكون على نية المستحلف أو على نية القاضى أو الحـــاكم فيكـــون خارجا عن الأصل ومستثنى من القاعدة ؟ ومن المعلوم إن إســـتثناءات القواعد الكلية لا يخرجها عن عمومها لأن العبرة عندهم بالأعم الأغلب والعمل تابع للنية والقصد فبالنية والقصد يوزن العمل فيكون عبـــادة أو غير عبادة ومعنى هذا أن الألفاظ لها معان معروفة ومحددة ولكن منها ما هو من قبيل المشترك الذى يحمل أكثر من معنـــى ، فـــإذا حلـــف الإنسان أنه ما أكل لحما وقد أكل دجاجا أو سمكا فهو صادق فى قوله ، إذا ادعى أنه أراد باللحم لحم الحيوان لا لحم طير ولا ســـمك فـــالعبرة بنيته ، ولكن قد يكون اللفظ واحد وآثره يختلف من الحل أو الحرمـــة كما فى قوله تعالى " وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَـــقُّ بِـــرَدِّهِنَّ فِـــي ذَلِـــكَ إِنْ أَرَادُوا إِصْلاحاً " [1]

فهذا نص فى الرجعة إن قصد بها الصلاح جازت وإن قصد بهـــا الضرار لم تجز يؤكد ذلك قوله تعالى فى آية أخرى " وَلا تُمْسِـــكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا " [2] والمتأمل فى ذلك يجد أن الفعل واحد هو ارتجاع الرجل زوجته التى طلقها لكن الحكم يختلف فيه بحسب النية والقصد ،

---

[1] سورة البقرة آية ٢٢٨

[2] سورة البقرة آية ٢٣١

وأما كون القول تابعا للنية والقصد فالأدلة على ذلك كثيرة أيضا منهـــا حديث ركانه الذى طلق امرأته ألبته فأتى النبى صلى الله عليه وســلم فقال : ما أردت ؟ قال واحدة " قال الله " قال هو على ما أردت [1] .

ومنها ما نقله ابن القيم عن مصنف وكيع أن عمر بــن الخطـــاب رضى الله عنه قضى فى امرأة قالت لزوجها سمنى فســماها الطيبـــة فقالت : لا فقال لها ما تريدين أن اسميك ؟ قالت سمنى خلية طالق فقال لها أنت خلية طالق ، فأتت عمر بن الخطاب فقالت إن زوجى طلقنى ، فجاء زوجها فقص عليه القصة فأوجع عمر رأسها وقال لزوجها خــذ بيدها وأوجع رأسها [2] .

والمتأمل فى المثالين يجد أن العبارتين أنت طالق البتة وأنت خليـــة طالق تختلفان باختلاف نية المتلفظ بها وقصده وقول الرجل لزوجتـــه أنت طالق البتة يفيد لغة وعرفا أنه طلقها ثــلاث لأن مجــرد الطلقـــة مفهوم من قوله أنت طالق فلما زاد كلمة البتة فهمنا من ظاهر العبـــارة أن الطلقة بائنة ، وعلماء اللغة يقولون الزيادة فى المبنى تفيد الزيـــادة فى المعنى ولكن الزيادة بهذه العبارة حلف للرسول صـــلى الله عليـــه وسلم أنه قصد منها طلقة واحدة فرد له صلى الله عليه وسلم زوجتـــه بناء على هذا القصد والاعتقاد لا على العبارة التى تلفظ بهـــا وقولـــه

---

[1] رواه أبو داود فى كتاب الطلاق .

[2] إعلام الموقعين جـــ٣ ص ٦٣

صلى الله عليه وسلم له " هو على ما أردت " صريح فـــى أن القــول محمول على نية القائل وإرادته ، وقول الرجل لزوجته أنت خلية طالق يفيد لغة وعرفا أنه طلقها لكن عمر رضى الله عنه لم يقــض للرجــل بطلاق زوجته لأنه لم يكن قاصدا حقيقة العبارة ومعناها الموضوعه له وإنما قالها بقصد إرضاء زوجته التى طلبت منه أن يسميها بذلك .

فالمدار فى الأقوال والألفاظ إذن على المقاصد والنيات لا على ذات الألفاظ ، وهذا معنى القاعدة مقاصد اللفظ على نية اللافظ ، وعبر عنها البعض بقوله العبرة بالقصد والمعنى لا باللفظ والمبنى ولهذا اختلــف الفقهاء فى لفظ اليمين ودخوله على قاعدة مقاصد اللفظ على نية اللافظ فقال المالكية والشافعية إن لفظ اليمين عند القاضى تكون علـــى نيـــة القاضى وهو المستحلف بكسر الحاء دون الحالف وهو من طلب منـــه اليمين أمام القاضى وذلك على العموم وبدون تفصيل وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " اليمين على نية المستحلف " [1] ، وحمل ذلك عنـــدهم على الحاكم أو القاضى لأنه هو الذى تكون لـــه ولايـــة الاســـتحلاف والسبب فى هذا الحمل هو عند الشافعية أنه لو اعتبرت نيـــة الحـــالف لبطلت فائدة الإيمان وضاعت الحقوق بين الناس إذ لو ترك التقدير فى الحلف لقصد الحالف لأدى ذلك إلى ضياع الحقوق إذ يحلف الحـــالف

---

[1] الحديث رواه مسلم بشرح النووى جـ١١ ص ١٢١ كتاب الأعيان باب يمـــين الحلف على نية المستحلف .

على ما يقصد لتبرئة نفسه وبذلك يختلف الظاهر عن الباطن ولا يعرف ذلك الباطن من الحالف ، والأحكام القضائية مبنية على أسبابها الظاهرة فلذلك اعتبرت نية المستحلف دون الحالف حتى تحقق المقاصد الشرعية من الإيمان الشرعية أمام القاضى باعتبارها بينة شرعية فى بناء الأحكام عليها [1] .

المذهب الثانى : مذهب الحنفية والحنابلة [2] وهو التفصيل حيث تكون على نية الحالف إذا كان مظلوما لأن الحالف متى كان ظالما كان آثما فى يمينه وإن نوى غير ما حلف عليه لأنه يتوصل باليمين إلى ظالم غيره فعومل بنقيض قصده ولحثه على الصدق فى اليمين ودفع الإثم عنه بذلك الصدق وذلك لقوله صلى الله عليه وسلم " من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة "[3] .

بعض الفروع التطبيقية للقاعدة [4]

١- إذا حلف المكلف فقال كل امرأة تزوجها فهى طالق ، ثم قال نويت من تكون ببلدة كذا أو فى مكان كذا قبل ذلك منه وصح له أن يتزوج من غير البلدة التى قصدها ، وذلك ديانة وقضاء عند

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٤ والقوانين الفقهية لابن جزى ص٣٣٤

[2] قواعد الفقه للأمير ص ١١١ وما بعدها

[3] انظر مسلم بشرح النووى جـ ٢ ص ٣٣٧

[4] القواعد الفقهية وتطبيقاتها العملية فى الأحكام الشرعية أ د . نصر فريد

الشافعية والحنابلة والخصاف من الحنفية . وأما عند الحنفية فيقبل ذلك من الحالف ديانة لا قضاء وبذلك يحكم قضاءً عليه بطلاق كل امرأة يتزوجها لبقاء العام على عمومه من ظاهر اللفظ .

٢- إذا حلف ألا يكلم أحدا ثم قال نويت فلانا فقط فهو على نيته ولا يحنث ديانة ولا قضاء ، إذا كلم غيره ثم نواه عند الشافعية والحنابلة وعند الحنفية يحنث قضاء لا ديانة وذلك لأن النية تخصص اللفظ العام ديانتة وقضاء عند المذهب الأول وتخصصه ديانة فقط لا قضاء عند المذهب الثانى [1] .

مما يتفرع من القاعدة " الأمور بمقاصدها " قاعدة : الأيمان هل هى مبنية على الألفاظ أم على المقاصد والغرض من الألفاظ

تحدثنا قبل ذلك عن اليمين هل على نية الحالف أو المحلوف له تحت القول بتخصيص العام وتقييد المطلق وذلك أن هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة الأولى ومتداخلة معها ، وبينا سابقا أن هذه القاعدة محل خلاف بين الفقهاء ، وحيث ذهب الحنفية والشافعية إلى أن الإيمان مبينة على الألفاظ متى أمكن اعتبارها لأن فى الألفاظ يجب حملها على ظاهرها دون النظر إلى حملها على الأصل من أغراض ونيات أصحابها وأستثنى من ذلك إيمان القضاء حيث يحمل القصد من

---

[1] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٥٣

اللفظ إلى القاضى دون الحالف عند الشافعية ديانة وقضاء وعند الحنفية على نية الحالف إن كان مظلوما[1] إذ أن الخلاف بين نية الحالف واحتمال اللفظ للمنوى به أمر يجعل القاضى على غير بينة ولهذا يجب على القاضى أن يسال المدعى عليه عن كل صغيرة وكبيرة ترفع الإشكال وتزيل الإبهام وتحدد المقال ولا تسمح له أن يتلاعب بالألفاظ ويفر من التهمة بالخداع والمراوغة ، وكذلك يفعل مع الشهود فإن أقوالهم ينبغى أن تكون صريحة ومحددة لا زيغ فيها ولا التباس ومن هنا كان من الشروط التى يجب أن تتوافر فى الرجل الذى يختاره الحاكم قاضيا أن يكون فطنا ذكيا لا يخضع بجميل الألفاظ ولا بحسن المنظر ولا بإظهار التنسك والتدين من قبل المدعى عليه أو من قبل الشهود .

وذهب المالكية والحنابلة إلى أن أيمان القضاء مبينة على نية الحالف سواء وافق هذا ظاهر اللفظ أو خالفه إلا فى أيمان القضاء وعلى ذلك لو حلف ألا يشترى لغيره شيئا بدينار مثلا فاشترى له بمائة فإنه يحنث عندهم ولا يحنث عند غيرهم .

ومما يتفرع عن القاعدة قاعدة هل العبرة فيها بصيغ العقود أم بمعانيها ؟ إجابة على هذا قال صاحب الأشباه والنظائر خلاف:

---

[1] كفاية الأخيار ٢ / ٢٠٥ والأشباه والنظائر للسيوطى ص ٤٤

والترجيح مختلف فى الفروع[1] فمنها إذا قال اشتريت منك صفقة كـذا بهذا الدرهم فقال بعتك فرجح الشيخان أنه ينعقد بيعا اعتبـارا بـاللفظ والثانى وهذا رأى رجحه السبكى اعتبر سلما اعتبارا بالمعنى ومنها إذا وهب بشرط الثواب فهل يكون بيعا اعتبارا بالمعنى أو هبـة اعتبـارا باللفظ ، والأصح الأول ومنها بعتك بلا ثمن أو لا ثمن لى عليك فقـال اشتريت وقبضه فليس بيعا وفى انعقاده هبة لا تعـارض بـين اللفـظ والمعنى ، ومنها إذا قال بعتك ولم يذكر ثمنا فإن راعينا المعنى انعقـد هبة أو اللفظ فهو بيع فاسد ، ومنها إذا قال : بعتك إن شئت إن نظرنـا إلى المعنى صح فإنه لو لم يشأ لم يشتر وهو الأصح وإن نظرنا إلـى لفظ التعليق بطل البيع ، ومنها لو قال أسلمت إليك هذا الثوب فى هـذا العبد فليس بسلم قطعا ولم ينعقد بيعا على الأظهر لاختلال اللفظ.

والثانى : نعم نظرا إلى المعنى ومنها لو صالحه من ألف فى الذمة على خمسمائة فى الذمة صح وفى اشـتراط القبـول وجهـان . قـال الرافعى : الأظهر إشتراطه قيل وقد يقال إنه مخالف لما صححه فـى الهبة وليس كذلك فقد قال السبكى إن اعتبرنا الفظ اشترط القبول فـى الهبة والصلح وإن اعتبرنا المعنى اشترط الهبة دون الصلح [2] .

---

[1] جواهر الإكليل شرح مختصر خليل جـ١ ص ٢٣٢ والزركشى على مختصر الحذفى جـ ٧ ص ١٥٥

[2] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٦٦ ، ١٦٧

ومما ذكرنا فى الأمثلة السابقة يؤيد قول الشافعية ومن وافقهم على أن العبرة فى العقود بألفاظها لا بالمعانى من الكنايات التى تحتاج إلـــى قصد ونية ، وهذا لا يدخل فى المعاملات بين الناس لأن المعـــاملات تبنى على الظاهر لا على الباطن فإن بانت صيغة العقد وخرجت عـــن المعنى الموضوعة له فى اللغة لا يترتب عليها أثرها الشرعى ، وبهذا يفسد العقد أو يبطل .

وعند الأحناف وغيرهم جعلوا العبرة فى العقود بمعانى الصـــيغ لا بألفاظها وعللوا ذلك بأن العقود فى المعاملات وضعت لمصالح الناس والعباد والعبرة بطبيعة هذه العقود وحقائقها الشرعية ولـــيس بظـــاهر ألفاظها الوضعية ، حيث أن الحكم الشرعى هو الأساس أما حكم اللفظ اللغوى الذى يتشابه مع غيره لا يحكم به ما لم يرد فى الشرع ما يغاير ذلك بدليل خاص ، وعلى هذا تصـــح العقـــود علـــى إرادة أصـــحابها ومقاصدهم إذا وافقت قصد الشارع . وإن كان فى الحقيقة يجب النظر فى صيغ العقود للجهات فى اللغة واصطلاحات البائعين والمشترين فى العرف فقد يتعارفون على شئ يعلم كل من البائع والمشترى أن ما قيل يقصد به كذا أو يقصد به كذا مما حدده العرف .

ومن فروع هذه القاعدة وتطبيقاتها :

١- عقود المعاملات كالبيع والإجارة والسلم والرهن تصح بمقاصـــدها ومعانيها لاصحابها شرعا إذا وافقت قصد الشارع عند الحنفيـــة ومـــن

وافقهم ولا تصح عند الشافعية ومن وافقهم فمثلا فى البيع إذا قال البائع للمشترى أجرت لك هذه الأرض بثمن كذا ولك التصرف فيها تصرف المالك فى ملكه بالبيع والميراث والوصية والمعروف أن الإيجار تمليك منفعة لا تمليك عين وقول البائع لك التصرف فيه تصرف المالك فى ملكه .. الخ فهو بيع صحيح عندهم يحمل عليه لا على الإيجار لعدم وجود ركن عقد الإيجار فى الصيغة وهو تقيده بالمدة الزمنية المنتفع بها فحمل العقد على مضمونه دون سائر لفظه ويترتب على هذا العقد آثاره الشرعية عندهم .

أما عند الشافعية ومن وافقهم فهذا العقد الذى جاء بصيغة الإيجار وتضمن عقد تملك فالعقد فاسد عندهم ولا يترتب عليه آثر شرعى وذلك لفساد الصيغة التى هى ركن العقد الرئيس عندهم لأنها بدأت بعبارة الإيجار ولم تبدأ بعبارة البيع وما بنى على باطل فهو باطل .

٢- عقود النكاح لا تكون إلا بألفاظ النكاح والزواج وما يشتق منهما عند الجمهور الفقهاء ولا يترتب عليها أثرها الشرعى إلا بذلك لأن هذه الألفاظ وضعت من أجل النكاح شرعا وليس بمعانيها ، فلو قال الزوج لولى الزوجة ملكنى ابنتك فلانة بمبلغ كذا أو بمهر مقداره كذا قال الولى قبلت فالنكاح باطل عند الجمهور لبطلان صيغته وفسادها حيث خرجت عن ألفاظ النكاح والزواج وما قصد به الشارع الحكيم عقد هذا الميثاق الغليظ .

أما عند الحنفية فى ظاهر مذهبهم أن عقد النكاح يصح بهذه الصيغة بقرينة الحال إذا كان المعقود عليها حرة حيث أن الحرة لا تقبل التمليك لنفسها ولكنها تقبل تمليك الانتفاع منها بعقد النكاح بشروطه وأركانــه الشرعية ، أما عقد التمليك فإنه عند الحنفية يكون مضـــمونه اســـتحالة تملك عين الحرة وواقع الحال يكون النكاح فيكون موافقا لقصد الشارع ومعلوما للشهود أنه عقد نكاح ويصح وتترتب عليه آثاره الشرعية .

والذى نختاره ما ذهب إليه الجمهور من وجوب الوقوف فى عقــد النكاح عند ألفاظ النكاح والزواج لأهمية هذا العقد وأخذه بما جاء فـــى القرآن الكريم والسنة الشريفة .

****

الفصل الثانى

المبحث الأول

شرح قاعدة أساسية (اليقين لا يزول الشك)

هذه القاعدة أصل شرعى عظيم عليها مدار كثير من الأحكام الفقهية ذلك أن الشارع الحكيم قد بنيت أحكامه على اليقين لا على الشك والتخمين ، فأدلته فى جملتها يقينية لا يتطرق إليها الوهم أو الشك أو الحدث ولا الظن البين ولا تعتريها شبهة تعوق العمل بها أو تقف عقبة فى طريق فهمها على النحو الذى أراده الله عز وجل وبينه رسوله صلوات الله وسلامه عليه .

وقد اتفق الفقهاء على هذا القاعدة واعتبروها أصلا من أصول الشريعة ومستندهم فى ذلك حديث عباد بن تميم عن عمه أنه اشتكى إلى النبى صلى الله عليه وسلم بقوله : الرجل يخيل إليه أنه يجد شيئا فى الصلاة قال : " لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا" أو بمقتضى الحديث يكون من تيقن الطهارة وشك فى الحدث محكوم له ببقائه متطهرا ، قال النووى وهذا الحديث أصل من أصول الإسلام وقاعدة عظيمة من قواعد الفقه وهى أن الأشياء يحكم ببقائها على أصولها حتى يتيقن خلاف ذلك ولا يضر الشك الطارئ عليها [1] ، ويعضد ذلك أيضا ما رواه الإمام البخارى رحمه الله تعالى فى باب لا

---

[1] مسلم بشرح النووى جـ ٤ ص ٤٩ .

يتوضأ من شك حتى يستيقن [1] ، فروى الحديث السابق وروى الحديث نفسه عن عبد الله بن زيد رضى الله عنه ، أيضا قال : شكا إلى النبى صلى الله عليه وسلم الحديث .

ويعضد ذلك أيضا حديث أبى سعيد الخدرى " إذا شك أحدكم فـــى صلاته فلم يدرك كم صلى ثلاثا أم أربعا فليطرح الشك وليبنى على ما استيقن ثم يسجد سجدتين قبل أن يسلم فإن كان صلى خمسا شفعنا لـــه صلاته وإن كان صلى إتماما لأربع كانت ترغيما للشيطان [2] وهـــذه الأحاديث المذكورة هى التى استدل بها الفقهاء فى الأخذ بهذه القاعدة ، ولا شك أنها دلت بجلاء على الصلاة ما لم يتيقن الحدث ولكمها ليست مقصورة على هذا الجانب فحسب بل شاملة لكافة المعانى الداخلة تحت موضوعها وذلك عن طريق التعليل والقياس فالفقهـــاء حققـــوا حكـــم الحديث فى جميع المسائل التى تشارك النصوص المذكورة فى علتهـــا ومعناها قال بن حجر عن الخطابى رحمهما الله وليس المراد تخصيص هذين الأمرين باليقين لأن المعنى إذا كان أوسع من اللفظ كان الحكـــم للمعنى ، أما من جهة العقل فكون اليقين أقوى وأحكم أمر ثابت لاغبار عليه لأن فى اليقين حكما قطعيا جازما لا ينهدم بالشك .

ويجب أن نفرق بين اليقين والشك والظن ، فاليقين فى اللغـــة هـــو

---

[1] فتح البارى بشرح صحيح البخارى جـــ٢ ص ٢٣٧ ، ٢٣٨

[2] رواه أحمد ومسلم وأبو داود ومالك فى الموطأ

قرار الشيء واستقراره يقال قر الماء فى مكانه بمعنى استقر جريانه[1] أما اليقين فى اصطلاح الفقهاء فهو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع عن دليل فى أمر ما .

والشك نقيضه وهو فى اصل اللغة هو الاتصال واللـزوق [2] ثـم عرف هذا اللفظ واشتهر فى العرف فى معنى التردد .

وجاء فى شرح الأشباه لأبن نجيم الشك لغة مطلق التـردد وفـى اصطلاح الأصول استواء طرف الشيء وهو الوقوف بـين الشـيئين بحيث لا يميل القلب إلى أحدهما [3]

ونجد الإمام الرازى ينبه إلى الفرق بين الشك والظن والوهم فيقول : التردد بين الطرفين إن كان على السوية فهو على الشك وإلا فالراجح ظن والمرجوح وهم .

وفرق الإمام النووى بين الشك عند الفقهاء فقال أنه مطلق التردد لا فرق بين المساوى والراجح ، ذلك يفضى إلى القول بأن الشك والظـن عندهم سواء ونص عبارته " اعلم أن مراد الفقهاء بالشك فـى المـاء والحدث والنجاسة والصلاة والصوم والطلاق والعتـق وغيرهـا هـو التردد بين وجود الشيء وعدمه سواء كان الطرفان فى التردد سواء أو

---

(1) الأشباه والنظائر ص ١٤

(2) مجمع بحار الأنوار فى غرائب التنزيل والأخبار ٣ / ٢٤٣

(3) الأشباه والنظائر ص ١٤

أحدهما راجحا فهذا معناه فى استعمال الفقهاء فى كتب الفقه .

أما أصحاب الأصول ففرقوا بينهما فقالوا " التردد بين الطرفين إن كان على السواء فهو الشك وإلا فالراجح ظن والمرجوح وهـــم " [1] . وقد جنح إلى هذا الرأى ابن نجيم أيضا ، والظاهر أن هذا القول لـــيس بسديد على إطلاقه ، حيث تعقب الزركشى كلام النووى رجمهما الله ، حيث يقول عند بيان حقيقة الشك " هو فى اللغة معنى التـــردد " وفـــى اصطلاح الأصوليين تساوى الطرفين فإن رجح كان ظنا والمرجـــوح وهما أما عند الفقهاء فزعم النووى أنه كاللغة فى سائر الأبواب لا فرق بين المساوى والراجح وهذا إنما قالوه فى الإحداث وقـــد فرقـــوا فـــى مواضيع كثيرة بينها [2] .

على إننا لو نظرنا فى آيات القرآن نجد فى قوله تعالى: " فَإِنْ كُنْتَ فِي شَكٍّ مِمَّا أَنْزَلْنَا إِلَيْكَ " [3] نجد أن الشك فى هذا هو تردد بين أمرين سواء استوى طرفاه لدى الشاك أو رجح أحدهما على الآخر ، وقيل هو ما استوى طرفاه لدى الشاك فى الأمر والوقوف فيه بـــين الشـــيئين لا يميل القلب عنده إلى أحدهما دون الأخر [4] .

وقد فرق البعض بين الظن وغالب الظن والشك والـــوهم ، فقـــالوا

---

[1] المجموع شرح المهذب جـــ١ ص ٢٢٣

[2] المنثور فى القواعد جـــ ٢ ص ٢٥٥

[3] سورة يونس الآية رقم ٩٤

[4] المصباح المنير مادة الشك

الظن هو رجحان أمر على نقيضه بدليل معتبر لدى صاحب الظن أما غالب الظن فهو رجحان أحد الجانبين على الآخر رجحاناً يطرح معــه الجانب الآخر بحيث يكون أقرب إلى اليقين أما الشــك فهــو تســاوى الاحتمالات دون رجحان لأحدهما لدى صاحب الشك فى الأمر [1] .

المبحث الثانى : ما يدخل فى قاعدة اليقين لا يزول بالشك :

من المسائل الفقهية قال الإمام النووى رضى الله عنه عــن هــذه القاعدة إنها مطردة لا محرج عنها إلا مسائل سيرة لأدلة خاصة بهــا وبعضها إذا حقق كان داخلا فيها [2] .

وقال بهذا أيضا الإمام السيوطى قال : أعلم أن هذه القاعدة تــدخل فى جميع أبواب الفقه والمسائل المخرجة تبلغ ثلاثة أرباع الفقه وأكثر[3]

وهذه بعض الفروع الفقهية المخرجة على هذه القاعدة :

١- جاء فى الأشباه لابن نجيم (من تيقن الطهارة وشك فى الحــدث فهو متطهر ومن تيقن الحدث وشك فى الطهارة فهو محدث [4]

٢- لو شك فى طلاق زوجته هل طلقها أم لا ؟ بنى على اليقين وهــو عدم الطلاق وطرح الشك .

---

[1] القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا ص ٧٩

[2] المجموع للنووى شرح المهذب ٢٥٨/١ .

[3] الأشباه والنظائر ص ٥١

[4] الأشباه والنظائر ص ٦٢

٣- قال العلامة ابن عابدين " إذا علم سبق الطهارة وشك فى عروض الحدث بعدها أو بالعكس أخذ باليقين وهو السابق [١]

٤- لو شك هل صلى واحدة أو اثنين بنى على اليقين وهـو الواحـدة وكمل عليها وسجد سجدة السهو فى آخر الصلاة والأمثلة على هذا كثيرة جدا .

ما يندرج تحت قاعدة اليقين لا يزول فى الشك من قواعد فقهية :

١- الأصل بقاء ما كان على ما كان .

٢- اليقين لا يرفع إلا بيقين .

٣- استصحاب الأصل وطرح الشك وترك ما كان على ما كان .

وهذه القواعد الثلاث تتفق مع القاعدة الأولى فـى المعنـى وإن اختلفت عنها فى اللفظ .

٤- والأصل براءة الذمة .

٥- من شك أفعل شيئا أم لا فالأصل أنه لم يفعله .

٦- ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين .

٧- الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن .

٨- من تيقن الفعل وشك فى القليل أو الكثير حمل على القليـل لأنـه المتيقن .

٩- الأصل فى الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم .

---

[١] رد المحتار ١ / ١٠٥

١٠- الأصل فى الابضاع التحريم ــ والأصل فى الكلام الحقيقة [١]

قاعدة الأصل بقاء ما كان على ما كان :

المراد بالأصل هنا الدليل الذى يرجع إليه عند الاختلاف فى تقرير الأحكام ، ومعنى ذلك أن ما كان محكوما له بحكم يبقى على ذلك الحكم ما لم يرد دليل شرعى يفيد بغير ذلك الحكم ونقله إلى حكم آخر فما كان حلالاً يبقى حلالاً إلى أن يرد دليل الحرمة وما كان حراما يبقى حراما إلا أن يرد دليل الحل ، وما كان واجبا يبقى واجبا إلا أن يرد دليل ينقله عن الوجوب إلى الندب أو غيره وما كان طاهرا يبقى طاهرا إلا أن يرد دليل يفيد بنجاسته ومن أمثلة هذه القاعدة :

أ – الأصل فى الماء الطهارة لقوله تعالى : " وَأَنْزَلْنَا مِنَ السَّمَاءِ مَاءً طَهُوراً " [٢] ولقوله صلى الله عليه وسلم " إن الماء طهورا " [٣] ولقوله " فى البحر هو الطهور ماءه الحل ميته " أخرجه مالك والترمذى ، فإذا وجد المرء ماءً وشك فى طهارته أخذ بالأصل وترك الشك واستعمل هذا الماء فى وضوئه وغسله إبقاءً لما كان على ما كان .

ب- إذا ادعت امرأة أن زوجها طلقها فأنكر الزوج طلاقها ولم يكن لها بينة تدل على صحة قولها فالقول قوله لأن الأصل بقاء النكاح وفى

---

[١] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٧٦ وما بعدها

[٢] سورة الفرقان الآية ٤٨

[٣] رواه البيهقى فى سننه بلفظ إن الماء طاهر وفى رواية طهور

دعواها الطلاق شك لعدم وجود ما يثبت ذلك فالمتيقن إذن هو النكـــاح والطلاق مشكوك فيه واليقين لا يزول بالشك ولا يقال أن هذا يتعارض مع قاعدة الأصل فى الفروج الحرمة ، فإن هذه القاعدة تجـــرى قبـــل النكاح لا بعده فإذا وقع النكاح كان هو الأصل ، وكان الطـــلاق أمـــر طارئا ، فإذا ثبت الطلاق بالإقرار أو البينة أو الشهود زال النكاح .

جــ- إذا أدعى شخص أن له ديناراً على الآخر فأنكر هذا الأخر هذا الدين ولم يأت المدعى بينة فالقول قول المدعى عليه لا الأصل بـــراءة الذمة .

قاعدة استصحاب الأصل وطرح الشك وطرح ما كان على ما كان :

قال ابن القيم فى شرحه لهذه القاعدة هو استدامة ما كـــان ثابتـــاً أو نفى ما كان منفياً أى بقاء الحكم الثابت نفيا أو إثباتا حتى يقـــوم دليـــل على تغيير الحال وعرف غيره الاستصحاب بأنه جعل الأمر الثابت فى الماضى باقيا فى الحال لعدم العلم بالمغير .

وقال الإمام أبو زهرة [1]إن ثبوت الحكم فى الماضى والعلـــم بـــه يجعل الشخص يغلب على ظنه أنه مستمر فى المستقبل كمن ثبت لـــه الملكية بسبب من أسبابها بالبيع أو الميراث فإن الملكية تستمر إلـــى أن يوجد ما ينفيها ، وكمن علمت حياته فى زمن معين فإنه يغلـــب علـــى الظن وجوده فى الحاضر والمستقبل حتى يقوم الدليل على غيره فيحكم

---

[1] مالك حياته وعصره وآراؤه الفقهية للإمام محمد أبو زهرة

باستمرار حياته حتى يوجد ما يثبت الوفاة ، فالمفقود يحكم بـ... حتى
يوجد ما يدل على وفاته أو تقوم الإمارات التى توجد غلبه الظن بـ...
توفى ويحكم القاضى بالوفاة .

والاستصحاب كما قال القرافى أصل من أصول الاستنباط الفقهـ...
وهو حجة عند مالك والمزنى من أصحاب الشافعى ، ثم ذكـر كونـ...
حجة أن غالب الظن أن الحال القائمة تستمر قائمة حتى يوجد ما ينفيه
والظن الغالب حجة فى العمل كالشهادات فإنها تثبت ظنا راجحا فهـى
حجة ملزمة للكافة وإن تركت فلم يعمل بها تضيع حقوق كثيرة لا يكون
هناك طريق لإثباتها إلا الاستصحاب ، وينقسم الاستصحاب عند كثير
من الفقهاء إلى قسمين ، أحدهما استصحاب البراءة وهو بقـاء الذمـة
على ما كانت عليه حتى يقوم الدليل الذى يثبت حقـا وأكثـر خـلاف
الفقهاء يدور حول هذا القسم فالحنفية يجعلونه حجة للدفع دون الإثبـ...
ومالك والشافعى وابن حنبل يأخذون به حجة مطلقة .

والثانى استصحاب الوصف المثبت للحكم حتى يثبت خلافه أو
الوصف يثبت باستصحاب الحال ولكن لا يثبت به حق جديد بل يستمر
الحق القديم .

ومن الأمثلة لتوضيح هذه القاعدة ما قالوه فى حكم المفقود أنه يحكم
بحياته ما لم تثبت وفاته ببينة قاطعة ، وعلى هذا لا يجب التصرف فى
ماله بالبيع ولا بالإرث حتى يتبين موته وإذا مات واحد من عصبته لا

يحكم له بميراثه لأن استصحاب الأصل يبقى ما كان على ما كان .

ومن الأمثلة : لو ادعى المدين إيصال الدين للدائن والدائن أنكر الإيصال فالقول مع اليمين للدائن لأن الدين تعلق بذمة المدين في الماضي فهو باق في ذمته حتى يثبت أنه قضاه وسلمه لصاحبه .

ومما يندرج تحت قاعدة اليقين لا يزول بالشك قاعدة " اليقين لا يرتفع إلا بيقين " وهذه القاعدة ذكرها ابن القيم في كتاب بدائع الفوائد وقال : إن الأدلة المقيدة لليقين لا تتعارض بحال في الشريعة الإسلامية بخلاف الأدلة الظنية ، فإنها قد تتعارض وعند تعارضها لا يعمل بأحدها بعد الترجيح لأن الجمع بين المتعارضات غير ممكن والعمل بها جميعا من غير ترجيح لا يصح وشرط العمل بالظنيات الترجيح عند التعارض فإذا وقع التساوي ففيه قولان التخير أو التوقف ، فإن كان طريق العمل التقليد والعامل بأحكام الشريعة إما أن يكون مجتهدا ومقلدا فالمجتهد لا يعمل بالمتعارض إلى بعج الترجيح فالترجيح بين الأدلة من شأن المجتهدين لا من شأن المقلدين كما هو معلوم أما المقلد فإن قد يشترط في العمل المتعارض أن يكون مقلدا لإمام معين يرجحه على غير من الأئمة فيلزم مذهبه ولا يخرج عنه وقد لا يشترط ذلك وهذه القاعدة تعد من القواعد الأصولية من وجه الفقهية وتعد من القواعد الأصولية من وجه وتعد من القواعد الفقهية من وجهة فمن حيث النظر في الأدلة المتعارضة وترجيح إحدهما بالقرائن تكون

أصولية ومن حيث العمل بمقتضى الدليل الذى رجحه المجتهد تكــون قاعدة فقهية .

ومن الأمثلة التطبيقية لقاعدة ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين :

٢- إذا تأكد من الطهارة وشك فى الحدث لم ترتفع الطهارة لأنهــا لا ترتفع بالشك فى الحدث لأن الأصل متيقين وهو الطهارة واليقين لا يزول إلا بيقين .

٢- إذا تأكد من وجوب الزكاة ومقدارها وشك فى إخراجها لمستحقيها فالشك لا يطرح به اليقين وهو بقاؤها فى الذمة فيجب إخراجها لأن اليقين لا يرتفع إلا بيقين .

****

المبحث الثالث : فى قاعدة

" الأصل براءة الذمة "

ومعنى القاعدة : أن الأصل فى ذمم الناس فراغها من جميع أنواع التحمل إلا أن يثبت غير ذلك بدليل ، لأن الناس يولدون وذممهم فارغة والتحمل والالتزام صفة طارئة فيستصحب الأصل المتيقن وهو فارغ الذمة ، إلا أن يثبت العكس فمن ادعى أن له على الآخر دينا لم تقبل دعواه إلا بدليل ومن اتهم شخصا بالقتل أو لسرقة أو الزنا غير ذلك من الجرائم التى يترتب عليها حد فإن ذلك المتهم برئ إلى أن تثبت هذه الدعوى بدليل وهكذا فى سائر الأمور التى من شأنها أن نشغل الذمة بشئ فإنها لا تثبت فيها إلا بدليل .

ومن تطبيقات هذه القاعدة :

١- لو اختلف المالك والغاصب أو المستعير أو المودع فى القيمة وثبت التلف فى الجميع والضمان حيث قال المالك قيمته كذا ، وقال الغارم كذا ، ولم تكن بينه فالقول قول الغارم فى الجميع ، لأن المالك يدعى الزيادة والغارم يدعى عدم الزيادة والأصل عدم الزيادة إل بدليل ولم يوجد .

٢- إذا توجهت يمين القضاء على المدعى عليه فنكل لا يقضى بنكوله بل تعود اليمين على المدعى لأن الأصل براءة ذمة المدعى عليه .

٣- الأصل فى الاستدلال بالأدلة الشرعية من نصوصها ، إن الأصل

فى الألفاظ أنها للحقيقة ، وفى الأوامر للوجوب فى النواهى للتحريم ولا يخرج عن ذلك منها شيئا إلا بدليل خاص ويتفرع عن هذه القاعدة ما يأتى :

قاعدة من شك افعل شيئا أم لا فالأصل أنه لم يفعله :

ويفهم من هذه القاعدة أنه لا يثبت حكم شرعى استنادا على وهم لا يجوز تأخير الشىء الثابت بصورة قطعية بوهم طارئ [1] ، ذلك أنه مادام الشك ملغيا فى الشرع فالوهم أولى بأن يلغى ولا يكترث به لأنه أحط درجة من الشك إذا هو أول الطرف المرجوح من طرفى أمر متردد فيه [2] . ويتفرع عن هذه القاعدة .

١- أن من يتيقن الفعل وشك فى القليل أو الكثير حمل على القليل لأنه المتيقن ، واليقين لا يزول الشك .

٢- ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين .

إذا شك فى أثناء الوضوء أو الصلاة أو غيرها من العبادات بأنه ترك ركنا وجب إعادته لأن الأصل عدم فعله ، ولو علمه وشك فى عينه أخذ بالأسوأ ، فإن احتمل أنه النية وجب استئناف الوضوء أو الصلاة [3] لأنه الأصل .

---

[1] درر الأحكام شرح مجلة الأحكام مادة ٧٤ ص ٦٥

[2] القواعد الفقهية أبو على أحمد الندوى ص ٣٧٨

[3] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٥٥

أما القاعدة (ما ثبت بيقين لا يرتفع إلا بيقين)

فكل أمر ثبت بيقين لا يقبل مطلقا أن يزول حكمه المؤكد بهذا اليقين إلا أن يوجد يقين يزول ويرفع به حكم هذا اليقين ومعنى هذا أن الشك والظن والوهم لا يؤثر فى الحكم الثابت بيقين ومن الأمثلة التطبيقية لهذا القاعدة .

١- إذا تأكدت الطهارة وشك فى الحدث لم ترتفع الطهارة لأنها لا ترتفع بالشك فى الحدث لأن الأصل متيقن وهو الطهارة واليقين لا يزول إلا بيقين .

٢- إذا تأكد وجوب الزكاة ومقدارها وشك فى إخراجها لمستحقيها فالشك لا يطرح به اليقين وهو بقاءها فى الذمة فيجب إخراجها لأن اليقين لا يرتفع إلا بيقين مثله .

قاعدة : الأصل فى كل حادث تقديره بأقرب زمن :

ومعنى القاعدة إننا شككنا فى شئ ، هل وقع وقت كذا أم وقع فى وقت كذا ؟ أضفناه إلى أقرب تلك الأوقات المشكوك فيها إلا أن يثبت غيره بدليل فيضاف إليه حينئذ ومن الأمثلة التطبيقية لهذه القاعدة .

إذا ادعت المرأة أن زوجها أبانها فى مرضه وادعى الورثة أنه أبانها فى صحته ، أضفنا الطلاق إلى اقرب أوقاته وهو وقت المرض لأنه محل اتفاق بين الطرفين (المطلقة والوارث) فهو متيقن ، أما قبل المرض فهو مشكوك فيه لذلك فصار إلى المتيقن حتى يرد دليل بخلافه

ومن اشترى شيئا ثم ادعى بعد القبض أنه وجد به عيبا قديما وأدعى البائع أن البيع حادث بعد القبض فإن هذا العيب ينسب إلى أقرب أوقاته وهو ما بعد القبض فيكون القول للبائع إلى أن يقوم دليل على صدق المشترى .

قاعدة (الأصل فى الكلام الحقيقة)

والحقيقة هى دلالة اللفظ هلى معناه الموضوع له ابتداء ويقابلها المجاز وهو استعمال اللفظة غير ما وضعت له كدلالة الأسد على الشجاع ، فإذا تعارضت الحقيقة مع المجاز فى اللفظ حمل على الحقيقة لأنها الأصل ، ولا يصار إلى المجاز إلا إذا قام دليل على ذلك . وهذه القاعدة تنطبق على كلام الشارع كما تنطبق على كلام المكلف ، أما انطباقها على كلام الشارع فيبحث فيه فى القواعد الأصولية ، أما انطباقها على كلام المكلف فهو الذى يهمنا هنا أكثر وذلك أنه قد ينشئ عقود أو تصرفات والتزامات فيستعمل ألفاظا تدور بين الحقيقة والمجاز كأن يقول مثلا . وهبتك كذا وهو يقصد بذلك البيع لذلك تقدم الحقيقة على المجاز ما لم تقم قرينة على ترجيح المجاز .

قاعدة (الأصل فى الأبضاع التحريم)

ذلك أن الأصل فى علاقة الرجل المرأة الحرمة ، والحل لا يكون بغير عقد النكاح الذى عبر عنه الحديث الشريف " إنكم استحللتم فروجهن بكلمة الله " وعلى هذا إذا تقابلت فى المرأة حل وحرمة غلبت الحرمة . ولهذا امتنع الاجتهاد فيما إذا اختلط محرميه بنسوة قرية

محصورات ، لأنه ليس أصلهن الإباحة حتى تتأيد الحل بالدليل وإنمـــا جاز في غير المحصورات رحمة من الله حتى لا ينسد باب النكاح بين العباد .

****

الفصل الثالث
القاعدة الثالثة من القواعد الكبرى
قاعدة المشقة تجلب التيسير

هذا أصل عظيم من أصول الشرع ومعظم الرخص منبثقة عنه بل أنه من الدعائم والأسس التى يقوم عليها صرح الفقه الإسلامى ، فهـــى قاعدة فقهية وأصولية عامة وصارت أصلا مقطوعا به لتوافر الأدلـــة عليه ، وترتبط هذه القاعدة بأصل كبير من أصـــول الشـــريعة وهـــى مراعاة مصالح الخلق ، إذ مما يدخل فى هذه المصالح رفـــع الحـــرج والمشقة عن المكلف وإعفائه مما لا يقدر عليه من التكاليف سواء تعلق الأمر بالعبادات أو المعاملات ، قال الإمام الشاطبى رحمه الله إن الأدلة على رفع الحرج فى هذه الأمة بلغت مبلغ القطع [1] .

وهذه القاعدة فيها تفسير للأحكام التى روعى فيها التيسير والمرونة وأن الشريعة لم تكلف الناس بما لا يستطيعون أو بما يوقعهم فى الحرج أو بما لا يتفق مع غرائزهم وطباعهم وأن المراعاة والتيسير والتخفيف مرده ومطلوبة من الشارع الحكيم .

مفهوم المشقة :

المشقة بفتح الشين وتشديد القاف مصدر شاق بمعنى جهد وتعب ، والجمع مشاق ومشقات وفى هذا المفهوم ورد قول الله تعالى فى شـــأن

---

[1] الموافقات جـــ١ ص ٢٣١

الأنعام " وَتَحْمِلُ أَثْقَالَكُمْ إِلَى بَلَدٍ لَمْ تَكُونُوا بَالِغِيهِ إِلَّا بِشِقِّ الْـأَنْفُس " [١] على معنى الجهد والمشقة والتعب التى تكاد تــذهب بــالنفس . قــال الراغب الأصفهانى الشق والمشقة الانكسار الذى يلحق النفس والبــدن على معنى استعارة الانكسار للنفس [٢] ، وأما التيســير فــالمراد بــه السهولة والليونة فى كل شئ ، يقال يسر الأمر إذا سهل على الإنســان بحيث يقدر عليه فى حالة السعة والسهولة لا فى حالة ضيق وشك كما ذكره الرازى فى تفسيره [٣] وقد اتفق الفقهــاء علــى هــذه القاعــدة واعتبروها من كبريات القواعد الفقهية .

معنى القاعدة ومفهومها الشرعى :

أن التكليف إذا شق على المكلف كان سببا فى التخفيف عنه بنــوع من أنواع التخفيف ، لأن الشرع لا يقصد إلى إعنات الناس وتكلــيفهم بما لا يطيقون بل هو يراعى " فيما كلفهم به " قدرتهم وطاقتهم وبما به يتحملون من أعباء التكاليف ، فإذا عجزوا عن شئ من ذلك انتقل بهــم إلى الحد الذى ينتفى معه العجز ، وتتحقق القدرة ، ومن تتبــع أحكــام الشرع الإسلامى فى كل أمور الحياة ظهر له أن الدين يسر لا عسر ، وأن الله عز وجل لم يكلف عباده إلا ما يدخل فى قدرتهم وطاقتهم وذلك

---

(١) سورة النحل آية رقم ٧

(٢) المفردات ص ٢٦٤

(٣) تفسير الرازى جـــ ١٤ ص ٨٧

لقوله تعالى " لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَا " [١] .

الشريعة الإسلامية تتوخى دائما رفع الحرج عن الناس وليس في أحكامها ما يجاوز قوى الإنسان الضعيفة ، قال ابن كثير " ما كلف الله العباد ما لا يطيقون وما الزمهم بشئ يشق عليهم إلا جعل لهم فيه فرجا ومخرجا ، فالصلاة التى هى أكبر أركان الإسلام بعد الشهادتين تجب فى الحضر كاملة وتماما وفى السفر تقصر فيما يقبل القصر كالظهر والعصر والعشاء فهى فى الحضر أربع وفى السفر اثنتان وهى فى الخوف تصلى رجالا وركبانا مستقبلى القبلة وغير مستقبلى وعلى أى وجه كان يقدر عليه العبد فى ساحة القتال والجهاد مع الأعداء ، والنافلة فى السفر تصح مع القبلة وغيرها ، والقيام فى الصلاة فرضا يسقط بعذر المرض حتى يصليها المريض حسب قدرته مع التدرج ولو بإجراء أركانها على قلبه إذ لم يستطع إلا بذلك حتى لا تسقط الصلاة عن المكلف بحال ما دام عنده عقل مدرك حتى يلقى الله سبحانه وتعالى

دليل قاعدة المشقة تجلب التيسير :

استدل الفقهاء على هذه القاعدة بنصوص من الذكر الحكيم وأحاديث البنى الكريم صلى الله عليه وسلم نذكر من الآيات ما يلى :

١- " لا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْساً إِلَّا وُسْعَهَ "[١]

---

[١] سورة البقرة الآية ٢٨٦

[١] سورة البقرة الآية ٢٨٦

٢- " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ " (٢)
٣- " يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ "(٣)
٤- " مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ " (٤)
٥- " لَيْسَ عَلَى الْأَعْمَى حَرَجٌ وَلا عَلَى الْأَعْرَجِ حَرَجٌ وَلا عَلَى الْمَرِيضِ حَرَجٌ " (٥)

ووجه الدلالة فى هذه الآيات وفيما سواها أن الشريعة الإسلامية تتوخى دائما رفع الحرج عن الناس وليس فى أحكامها ما يجاوز قوى الإنسان الضعيفة ، وهذه النصوص دلت على ذلك بعموم معناها وانطلاقا منها استنبط الفقهاء هذه القاعدة وجعلوها بمثابة نبراس يستضيئون به عند النوازل والوقائع ويعالجون به كثيرا من المسائل والقضايا ، جاء فى تفسير المنار عند قوله تعالى " يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ " ـ تشعر بأن الأفضل أن يصوم إذا لم يلحقه مشقة أو عسر لانتفاء علة الرخصة وإلا كان الأفضل أن يفطر لوجود علتها ذلك بأن الله تعالى لا يريد إعنات الناس بأحكامه وإنما يريد اليسر بهم وخيرهم ، وهذا أصل فى الدين يرجع إلى غيره ومنه أخذوا

(٢) سورة البقرة الآية ١٨٥
(٣) سورة النساء الآية ٣٨
(٤) سورة المائدة الآية ٦
(٥) سورة النور الآية ٦١

قاعدة المشقة تجلب التيسير .

أما الدليل على هذه القاعدة من السنة قوله صلى الله عليه وسلم : أن الدين يسر ولن يشاد هذا الدين أحدا إلا غلبه فسددوا وقاربوا وابشروا واستعينوا بالغدوة والردحه وشئ من الدلجة [١] .

وقد بالغ النبى صلى الله عليه وسلم فى وصف الدين فجعله اليسر نفسه وجعله الغالب لكل متنطع فيه بمرونته وسماحته وما على الناس إلا أن يلزموا السداد فى أقوالهم وأفعالهم وأن يقاربوا فى فهم الدين ولا يشطوا شططا يخرج بهم عن اليسر أبدا ، فإذا أخذوا بسماحة هذا الدين فليستبشروا بالجنة وليسعدوا فى دنياهم برفع الحرج عنهم وتلبية جميع رغباتهم من غير تكلف ولا إعتساف ، وقد أمرهم النبى صلى الله عليه وسلم مع السداد والمقاربة أن يستعينوا بالله تبارك وتعالى بالعبادة والدعاء فى أوقات نشاطهم وفراغهم من أعمالهم وذلك فى أول النهار وآخره وجزء من الليل ، وهى أفضل الأوقات التى يجد العبد فيها نفسه مهيئا للخشوع والخضوع والتواضع [٢] .

ومن أدلة السنة ما رواه البخارى عن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أمرهم . أمرهم من الأعمال ما

---

[١] رواه البخارى فى صحيحه عن أبى هريرة كتاب الإيمان باب الدين يسر ج١

[٢] القواعد الفقهية أ . محمد بكر إسماعيل ص ٨١

يطيقون [1] والسبب فى هذا الحديث أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل عليها وعندها امرأة قال من هذه ؟ قالت فلانة : تذكر من صلاتها (مه عليكم بما تطيقون فو الله لا يمل الله حتى تملوا وكان أحب الدين إليـــه ما دام عليه صاحبه [2] .

ومن أدلة السنة ما روى عن أنس أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " يسروا ولا تعسروا وبشروا ولا تنفروا " [3] .

وعن جابر بن عبد الله رضى الله عنه قال : كان رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فرأى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا؟ قالوا : صائم قال " ليس من البر الصيام فى السفر " وفى رواية أخرى عليكم برخصة الله التى رخص لكم [4] .

قال الإمام ابن دقيق العيد فى شرح الحديث قولـــه عليـــه الصـــلاة والسلام " عليكم ٠٠٠٠ لكم " دليل على أنه يستحب التمسك بالرخصة إذا دعت الحاجة إليها ولا تترك على وجه التشديد على النفس والتنطع

---

[1] رواه البخارى فى كتاب الإيمان باب قول النبى صلى الله عليه وسلم أعلمكـــم بالله جـــ١

[2] رواه البخارى فى كتاب الإيمان حـــ١ ومعنى مه نكفف أو أسكت .

[3] فتح البارى شرح البخارى جـــ ١ ص ١٠١

[4] المصدر السابق

والتعمق [1] .

ولقد كان النبى صلى الله عليه وسلم يحب التخفيف على الناس فى جميع الأمور ، ما وجد إلى ذلك سبيلا والمتتبع لأقواله وأفعاله يجـدها إلى اليسر أقرب منها إلى الشدة . روى البخارى فى صحيحه عن ابن مسعود الأنصارى قال : رجل يا رسول الله لا أكاد أدرك الصلاة ممـا يطول بنا فلان فما رأيت النبى صلى الله عليه وسلم فى موعظة أشـد غضبا من يومئذ فقال : " أيها الناس إن منكم منفرون فمن صلى بالناس فليخفف فإن فيهم المريض والضعيف وذا الحاجة " [2] .

هذا وقد أجمع علماء الأمة الإسلامية سلفا عن خلـف علـى عـدم وقوع التكليف بالمشاق فى الشريعة الإسلامية ، وهذا يدل على عـدم قصد الشارع إليه ولو كان الشارع قاصدا للمشقة فى تشريعه للعباد لما كان هناك ترخيص ولا تخفيف وهذا مما علم من الـدين بالضـرورة كرخص القصر والجمع والفطر وتناول المحرمات فى حالة الاضطرار

وتدخل فى هذه القاعدة جميع رخص الشارع وتخفيفاته التى يتمتـع بها المكلف عند قيام العذر الشرعى وأهم هذا التخفيف ما يأتى [3] .

١- **تخفيف الإسقاط** : فقد يسقط عن المكلف التكاليف ويعصـى منـه

---

[1] أحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام جـ ٢ ص ٢٢٥

[2] أخرجه البخارى فى كتاب العلم

[3] انظر قواعد الأحكام لهز الدين بن عبد السلام ٢ / ٦

بالمرة إذا قام له بذلك عذر شرعى يؤكد عدم قدرته على القيام بـه ومن أمثلة ذلك سقوط الصوم والحج عن العاجز عنهما .

٢- **تخفيف النقصان** : كقصر الصلاة بالنسبة للمسافر .

٣- **تخفيف الإبدال** : فيجوز بمقتضاه للمكلف أن ينتقل من الواجب إلى بدله عند قيام العذر كانتقاله من الضوء إلى التيمم وانتقاله من القيام فى الصلاة إلى القعود ، وإلى الاضطجاع أو الإيماء .

٤- **تخفيف التقديم** : كتقديم صلاة العصر إلى الظهر والعشاء إلى المغرب وكتقديم الكفارات على الحنث فى اليمين [1]

٥- **تخفيف التأخير** : كتأخير صلاة الظهر إلى العصر والمغرب إلى العشاء وتأخير رمضان إلى ما بعد وقته .

٦- **تخفيف الترخيص** : كأكل بعض المحرمات للضرورة .

فالمكلف له أن يتمتع بهذه التخفيفات والرخص ويثاب عليها كما يثاب أصحاب العزائم ما دام له عذر شرعى يسمح له بذلك وقد ذكرنا أهم الأعذار التى يخفف فيها التكاليف .

المبحث الثانى : أنواع المشاق الموجبة للتيسير

المشاق الموجبة للتخفيف والتيسير منها ما يكون ملازما للعبادة لا

---

[1] لقوله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن سمره " إذا حلفت على يمين فرأيت خيرا منها فكفر عن يمينك رأت الوتر هو خير رواه البخارى ومسلم .

تنفك عنها كمشقة الوضوء فى البرد ، ومشقة الصلاة والصيام فى الحر ومشقة الجهاد ، ومشقة إقامة الحدود على من وجبت عليه خصوصا إذا كان من الأقارب إلى غير ذلك من المشاق التى لا تنفك عنها العبادات فهذه لا يخفف فيها . بل لابد من تحملها لأنها طبيعية والمكلف يستطيع تحملها ، ولو فتح باب التخفيف فيها لوقع التهاون فى العبادات ولتخلفت مقاصدها الشرعية ، قال الشيخ عز بن عبد السلام فى هذا النوع من المشاق " فهذه المشاق كلها لا أثر لها فى إسقاط العبادات والطاعات ولا فى تخفيفها لأنها لو أثرت لفتت مصالح العبادات والطاعات فى جميع الأوقات أو فى غالب الأوقات ولفات ما رتب عليها من المثوبات الباقيات ما دامت الأرض والسماوات [1] .

إذن فالمشاق التى تستوجب التخفيف والتيسير إنما هى التى تنفك عنها العبادة فى الغالب وقد قسم الفقهاء [2] هذا النوع من المشاق إلى ثلاثة أقسام .

١- مشقة عظيمة فى المرتبة العليا وهى الخوف على النفوس والأطراف فهذه مشقة توجب التخفيف لأن عدم التخفيف قد يفضى إلى إتلاف النفوس والأعضاء وفى ذلك تفويت للعبادة .

---

(١) قواعد الأحكام حـ ٢ ص ٧

(٢) قواعد الأحكام جـ٢ ص ٧ وما بعدها والفروق جـ١ ص ١١٨ الفرق الرابع عشر

٢- مشقة خفيفة تقع فى المرتبة الدنيا كالآلام والأوجاع الخفيفة التى يتحملها المكلف مع يسير من الصبر فهذه المشقة لا تخفيف معها لأن تحصيل العبادة وتحقيق ما يبنى عليها من مصالح الدين والدنيا أولى من تفويتها بسبب مشقة خفيفة .

٣- مشقة متوسطة بين القسمين السابقين وهذه ينظر فيها ، فما كان منها قريبا من المشاق العظيمة الحق بها فاستوجب التخفيف وما كان منها قريبا من المشاق الخفيفة الحق بها فلم يستوجب التخفيف وما كان منها دائرا بين المرتبتين على السواء فنه مختلف فيه بين الفقهاء ، فبعضه يلحقه بالمرتبة العليا وبعضهم يلحقه بالدنيا حسب ما يمثله إليه اجتهاده .

ولما كانت المشاق منها ما يوجب التخفيف ومنها ما لا يوجبه كان لابد من معرفة ضوابط كل من النوعين ومعرفة هذه الضوابط قد يكون مسلكها النص كالسفر والخطأ والنسيان والإكراه وما إلى ذلك مما نص عليه الشرع ، فهذه الضوابط لا إشكال فى اعتبارها وأنها مؤثرة بالتخفيف فى كل المشاق الداخلة فيها ، وقد لا يكون للمشقة تحديد فى الشرع فحينئذ يرجع فى تحديدها وضبطها إلى التقريب استعانة بقولعد الشرع وأصوله فإذا أردنا تحقيق المشقة فى عبادة العباد بحثنا عن أدنى مشاق تلك العبادة وأخذناها مقياسا فى التخفيف أو عدمه ، وذلك أن ما سوى ذلك الأدنى أو زاد عليه كان موجبا للتخفيف وما نزل عنه لم

يوجب التخفيف ، مثال ذلك أن التأذى بالقمل فى الحج يبـيح الحلـق لحديث كعب بن عجرة الوارد فى ذلك ، الذى رواه البخارى فى كتاب المحصر ، ومسلم فى الحج فيكون كل مرض مثله أو أعلى منه مبـيح للحلق ، وإذا نزل عن ذلك فلا يبيح ، والسفر مبيح للفطر فتكون كـل مشقة مساوية له أو زائدة عليه مبيحة للفطر وما نزل عنه فلا تبيحـه وهكذا [1] وأسباب التخفيف فى العبادات وغيرها هى :

١- السفر	٢- المرض	٣- الإكراه
٤- النسيان	٥- الجهل	٦- النقص

٧- العسر وعموم البلوى

شرح أسباب التخفيف والتيسير فى تشريع الرخص الشرعية :

قال الفقهاء يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته وأهم الأعذار التى يخفف فيها التكليف ما يأتى :-

١- **السفر** : لأنه مظنة المشقة ، فيجوز فيه القصر فى الصلاة والجمع والتنفل على الدابة والإفطار فى رمضان ويشترط فى هذا السفر أن يكون مباحا وقد قسمه الفقهاء إلى قسمين طويل وقصير ، فالقسـم الأول الطويل وهو ما كان مسيرة يوم وليلة عند جمهور الفقهاء أو يومين عند البعض أو ثلاثة أيام عند الأحناف ، وذلك بسير الإبـل والدواب وهذا النوع هو المشهور عند الفقهاء بأنـه السـفر الـذى

---

(١) قواعد الأحكام جـ ٢ ص ١٢ والفروق جـ ١ ص ١١٩

تقصر فيه الصلاة الرباعية ، إذا تحققت فيه مسافة القصر وعى المقدرة لدى جمهور الفقهاء بما يساوى المسافة بين جدة ومكة وهى ما بين ست وسبعين وأربع وثمانين كيلومتر أو تسع وثمانين كيلومتر تقريبا (1) .

وهى مقدرة بست عشر فرسخا عند المالكية والشافعية والحنابلة والفرسخ ثلاثة أميال وأربعة برد ومسافة البريد بالكيلومتر = ٢٢,١٧٦ كم فتكون مسافة القصر = ٨٨,٧٠٤ كيلومتر حسب المقاييس الحديثة .

ورخص السفر الطويل المتفق عليها عند جمهور الفقهاء عى قصر الصلاة الرباعية والفطر فى رمضان والمسح على الخف أكثر من يوم وليلة وترك الجمعة وأكل الميتة للمضطر والجمع بين الصلاتين عند الشافعية ومن وافقهم والتيمم عند فقد الماء وإسقاط الفرض به والتنفل على الدابة وما فى حكمها والسفر بمن خرجت القرعة لها من زوجاته .

٢- **المرض** : من أسباب التخفيف فى الأحكام الشرعية المرض ، فيجوز فيه التيمم بدل الوضوء وترك القيام فى الصلاة إلى الصورة التى يقدر عليها المريض والتخلف عن الجماعة والجمعة ، ويجوز فيه تأخير الحد إلى أن يبرأ المريض ، والفطر فى رمضان ،

---

(1) القواعد الفقهية وتطبيقاتها أ .د نصر فريد واصل ص ١٢٦

والاستنابة فى الحج ورمى الجمار ومنها إباحة محظورات الإحرام مع الفدية ، والانتقال من الصوم إلى الإطعام فى الكفارة .

٣- **الإكراه** : والإكراه سبب من الأسباب الشرعية الموجبة للتيسير والتخفيف والترخيص فى رفع حكم العزيمة عن المكلف والذى كان بمقتضاه فى غير حالة الإكراه مطالبا به .

والإكراه هو حمل الغير للمكلف على ما لا يختاره ولا يرضاه من قول أو فعل بحيث لو خلى بينه وبين نفسه لم يفعله ، فيجوز لمن أكره على فهل شئ أن يفعله تخليصا لنفسه من الهلاك كمن أكره على التلفظ بكلمة الكفر أو أكره على إنشاء عقد من العقود كالبيع والطلاق وغيرهما فلا يلزم المكره بشئ من ذلك لقيام العذر الشرعى وهو الإكراه ، وسواء كان الإكراه جسديا أم أدبيا فالحكم فيهما واحد .

٤- **النسيان** : فما فعله المكلف خطأ أو نسيانا معفو عنه لقوله صلى الله عليه وسلم " إن الله تجاوز لى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " ولو أن الشرع الزم المكلف بكل ما يصدر عنه من العقود والتصرفات خطأ أو نسيانا أو تحت ضغط الإكراه لكان فى ذلك مشقة وحرج عليه لذلك أعفاه منها ولم يحمله تبعاتها ، إلا أن يتعلق الأمر بحقوق الناس فمن قتل مؤمنا – مثلا – سقط عنه القصاص لقيام العذر وهو الخطأ ، لكنه يطالب بالدية والكفارة

وانتقال الشرع به من القصاص إلى الدية والكفارة أمر فـــى غايـــة التخفيف والتيسير إذ هو رافع للمشقة والحرج عن الجانى المخطئ بسقوط القصاص وعن المجنى عليه بعدم هدر دمه .

ومن الأمثلة التطبيقية العملية لذلك نسيان حق مـــن حقـــوق الله أو حقوق العباد فمن الأول الصلاة والصوم والحج والعمرة ومن الثانى أداء الحقوق المالية لأصحابها .

٥- **الجهل** : والجهل نوعان الأول لا عذر فيه للمكلف ولا يتسامح فيه شرعا وهو الجهل بأمور العقيدة الشرعية وما هو معلوم من الـــدين بالضرورة كالإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله وأركان الإســـلام الخمسة وجهل الكافر بعد بلوغه الرسالة لا يعد عذرا له فى نفـــى التكليف عن المساءلة له شرعا فى الدنيا والآخرة .

النوع الثانى من الجهل : وهو ما يعذر منه المكلف ديانة وقضاء أو ديانة لا قضاء وذلك كل ما يتعذر الاحتراز منه عادة .

ومن ذلك : أكل الطعان المحرم الذى جهل حرمته وغلب على ظنه حله لخفائه عليه ولا بنية له من غير تقصير .

٦- **العُسر وعموم البلوى** : وهذا السبب من أسباب التخفيف والتيسير فى الأحكام الشرعية على العباد المكلفين باتفاق الفقهـــاء والمـــراد بالعسر هنا هو المشقة التى يعانيها المكلف فى تجنب الشئ عند أداء الأمر المكلف به شرعا على جهة العزيمة والمراد بعموم البلوى هو

شيوع الأمر بين العباد المكلفين بحيث يصير بلاءً يصعب على المكلف الاحتراز منه والبعد عنه وهذا السبب له تطبيقات عملية فى مختلف الأبواب الفقهية فى العبادات والمعاملات والجنايات والنكاح والطلاق والاجتهاد فى الفقه والفتوى والقضاء ومن أمثلة ذلك :

أ - إباحة السلم والإقالة والحوالة والرهن والضمان والإبراء والقرض والشركة على خلاف الأصل والقياس .

ب- إباحة النظر إلى الأجنبية أو الأجنبى للخطبة أو التعليم .

جـ- إباحة الطلاق والخلع والفسخ بالعيب فى عقود النكاح مع أن ذلك على خلاف الأصل المشروع له النكاح وهو الدوام ولذلك كان أبغض الحلال إلى الله الطلاق كما ورد فى الحديث .

د - أعذار المجتهدين فى الأحكام الشرعية عند الخطأ فيها إذا توافرت للمجتهد أدوات الاجتهاد الشرعية وغلب على ظن المجتهد أنه الصواب ثم ظهر الخطأ من غير تقصير منه .

٧- **النقص** : وهو ضد الكمال والمراد به هنا نقصان جهة التكليف بما يسقط معه التكليف كله أو بعضه وذلك كالصغر والجنون فإنهما يسقطان التكليف عن الصبى والمجنون وكالعبودية والأنوثة فإنهما يسقطان بعض التكليف عن المرأة والعبد ، ولإيضاح ذلك نقول أن الصبى والمجنون جعل الشارع ولاية أمرهم إلى ولى شرعى أو وصى يعين من جهة القاضى ، يكون مسئولا عن كل ما يخصهم ،

أما عن عدم تكليف النساء البالغات بما كلف به الرجال من صلاة الجماعة والجمعة والجهاد وترك لبس الحرير والذهب حيث أن طبيعة التكوين الجسدى والإعداد الربانى للمرأة أن تقوم بتربية أولادها والمحافظة على شرفها وفى الجهاد وغيره تعريض للضياع فى كلا الأمرين ورخص الله للنساء فى ترك الجماعة والجمعة رفقا بهم وشفقة عليهم وعلى أولادهم .

(الرخص)

يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع فى العبادات والمعاملات .

تعريف الرخصة :

لغة التوسع واليسر والتسهيل ومنها رخص السفر إذا تيسر وسهل ومنها الحظ والنوبة فى السقى بالماء ، فيقال أخذ رخصته من الماء أى أخذ حظه ونصيبه وجمع الرخصة رخصات ورخص [1] ، أما الرخصة فى الاصطلاح فتعرف بأنها الأحكام التى ثبتت مشروعيتها بناءً على الأعذار مع قيام الدليل المحرم توسعا فى الضيق .

مثال : أن بيع السلم بيع معدوم ولحاجة الناس إليه أجازه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن

---

[1] لسان العرب مادة رخص

معلوم إلى أجل معلوم .

وعرف الرخصة علماء الأصول بأنها الحكم الثابت على خلاف الدليل العذر [1] .

أقسام الرخص الشرعية عند الفقهاء :

والرخص الشرعية عند الفقهاء خمسة أنواع [2]

١- رخص يجب فعلها كأكل الميتة للمضطر ، والفطر لمن خاف الهلاك بغلبة الجوع والعطش وإن كان مقيما صحيحا ، وإساغة الغصة المفضية للهلاك بالخمر إذا لم يوجد ماء .

٢- رخص يندب فعلها كالقصر في السفر والفطر لمن يشق عليه الصوم في السفر والإبراد بالماء في شدة الحر للصائم والنظر إلى المخطوبة .

٣- رخص يباح فعلها كالبيع بطريق السلم فإنها من المباحات التي هي متروكة لاختيار العبد في الأخذ والترك حسب مصلحته في عقود المعاملات والمعاوضات المالية وذلك في الأمور العادية .

٤- رخص الأولى للمكلف أن يتركها ومنها المسح على الخف والجمع والفطر لمن لا يتضرر بالعزيمة والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر

---

[1] نهاية السول شرح مناهج الأصول للإسناوي .

[2] الأشباه للسيوطي ص ٨٢

من ثمن المثل وهو قادر عليه .

٥- رخص يكره فعلها كالقصر فى أقل من ثلاثة مراحل عند بعض الفقهاء [١]

والرخص أباحها الله عز وجل لأمور طارئة ، فإن زال الاضطرار زالت الإباحة فإن الأعذار إذا ارتفعت عن المكلف ارتفع حكم التخفيف وعاد الحكم الأصلى .

ومن أمثلة ذلك فى العبادات أن من لم يجد ماء ولا صعيدا لا يصلى حتى يجد واحدا منهما ، فإن وجده لم يعد مضطراً إلى أن لا يصلى وهذا قول أصبغ ، وفى المسألة قولين آخران ، أحدهما لابن القاسم وهو أن يصلى ويعيد والثانى لاشهب وهو أنه يصلى ولا يعيد وعلى قول أصبغ ففى قضاء الصلاة قولان [٢] ومثل ذلك القادر على استعمال الماء لكنه لم يجده فإن تيمم إلى أن يجده فإن وجده زال عزره فى التيمم ، ومعنى ذلك أن ما تبيحه الضرورات من الرخص والتخفيضات إنما تكون مباحاا عند قيام الضروريات وانتهاضها عذرا شرعيا ، أما قبل ذلك فلا ويتخرج على هذه القاعدة أن التيمم عند وجود العذر إنما يكون عند دخول وقت الصلاة ، أما قبلها فلا وينبنى على ذلك وجوب التيمم لكل صلاة وهذه القاعدة والتى قبلها متكاملتان

---

[١] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٢ وما بعدها

[٢] انظر الأشراف لقاضى عبد الوهاب البغدادى جـ١ ص ٣٦ ، ٣١٠

إذ تفيدان معا أن المكلف لا يتمتع بالرخصة الموجبة للتخفيف إلا عند قيام العذر أما قبل قيامه أو بعد زواله فلا .

وهذا التخفيف والتيسير على الملف يشترط فيه أن لا تكون معصية فإن كان معصية سقط التخفيف كمن سافر لقطع طريق أو إخافة سبيل فلا حق له فى القصر والفطر مثلا ، وذلك تحقيقا للقاعدة " الرخص لا تناط بالمعاصى " وقد اختلف الفقهاء فى هذه القاعدة فمنهم من أقرها كالحنابلة (١) محتجين فى ذلك بقوله تعالى " فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ " فاشترطوا فى الرخصة أن لا يصحبها بغى وعدوان فإن صحبها بغى وعدوان سقطت إلا أن يتوب العاصى .

ومنهم من أبطلها بالمرة ولم ير مسوغا للعمل بها كالأحناف (٢) ومما احتجوا به فى ذلك قوله تعالى " وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ " (٣) قال الجصاص " ومن امتنع عن المباح حتى مات كان قاتلا نفسه متلفا لها عند جميع أهل العلم لا يختلف فى ذلك عندهم حكم العاصى والمطيع بل يكون امتناعه عند ذلك من الأكل زيادة على عصيانه (١) .

ونقل عن الشافعية القولان معا فقد جاء فى الأم " ومن خرج عاصيا

---

(١) انظر المغنى جـ ١١ ص ٧٦

(٢) انظر أحكام القرآن للجصاص جـ ١ ص ١٤٧ وما بعدها

(٣) سورة النساء الآية ٢٩

(١) أحكام القرآن جـ ١ ص ١٤٨

لم يحل له شئ مما حرم الله عز وجل عليه بحال لأن الله تبارك وتعالى إنما أحل ما حرم بالضرورة على شرط أن يكون المضطر غير بـــاغ ولا عاد ولم يرتكب الآثم [٢] وقال الكيا الهراسى يشير إلى القول الثانى ويصفه بأنه صحيح وليس تناول الميتة من رخص الســـفر أو متعلقـــا بالسفر بل هو نتاج الضرورة سفرا كان أو حضـــرا وهـــو كالإفطـــار للعاصى المقيم إذا كان مريضا وكالتيمم للعاصى المسافر عنـــد عـــدم الماء وهو الصحيح عندنا [٣] .

أمام المالكية فمنهم من قال بمنع الترخيص فى المعصية ومنهم من قال بالجواز ، وفيهم من له فى القاعدة تفصيل وتحقيـــق [٤] ، فالـــذين قالوا بالمنع احتجوا بنفس حجج الحنابلة ومن المتشددين فى ذلك أبـــو بكر بن العربى قال رحمه الله فى هذا الصدد " ولأجل ذلك لا يســـتبيح العاصى بسفره رخص السفر " وقد اختلف العلماء فى ذلك ، والصحيح أنها لا تباح له بحال لأن الله تعالى أباح ذلك عونا والعاصى لا يحل له أن يعان ، فإن أراد الأكل فليتب ويأكل ، وعجبا ممن يبيح ذلك له مع التمادى على المعصية وما أظن أحدا يقول فإن قال أحد فهو مخطـــئ

---

[٢] الأم جـ٢ ص ١٧٧ وانظر أحكام القرآن للشافعى بجمع البيهقى ج٢ ص٩٢

[٣] أحكام القرآن جـ١ ص ٤٢

[٤] انظر التفريع لابن الجلاب جـ١ ص٤٠٧ والكافى لابن عبد البر ص١٨٨

قطعا [1] .

قال صاحب كتاب الإشراف وفى كلام الشيخ اضطراب وتناقض لأنه قال فى صدر كلامه " وقد اختلف العلماء فى ذلك " فنسب الخلاف إلى العلماء وهذا يعنى أن بعضهم قال بالمنع وبعضهم قال بالجواز . لكنه يقول بعد ذلك وما أظن أحد يقول ؟؟ والأغرب من ذلك أنه ختم كلامه بقوله فإن قاله أحد فهو مخطئ قطعا فبأى حق وبأى دليل وحجة يكون القائل مقطوعاً بخطئه . وإذا كان مخطئا قطعا فلماذا اختلف الأئمة فى ذلك ؟ ثم أن القول بمنع الترخيص للعاصى لا يزيد على كونه مستندا إلى مفهوم الخطاب وهو مختلف فيه بين الأصوليين كما هو معروف ولذلك عقب القرطبى على ابن العربى بقوله (قلت : والصحيح خلاف ذلك . فإن إتلاف المرء نفسه فى سفر المعصية أشر من معصية مما هو فيه ، قال الله تعالى " وَلا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ " [2] وهذا عام ولعله تتوب فى ثانى حال فتمحوا التوبة عنه ما كان) [3] وهذا هو الفقه الحى الذى ينسجم مع روح الشريعة وطبيعة الواقع لأن الحفاظ على النفس مأمور به بالنص ، ولأن العاصى المضطر لا يأبى حين المعصية بما يجوز له وبما لا يجوز ، ومن أقدم على المعصية وهو مختار فهو فى حال الاضطرار أجرأ وأحرى بالأقدام عليها ثم بما

---

[1] أحكام القرآن جـ ١ ص ٥٨

[2] سورة النساء أية ٢٩

[3] الجامع لأحكام القرآن حـ٢ ص ٢٣٢

يجيب القائلون بمنع الترخيص للعاصى إذا جاءهم سائل يقول مستفتيا سافرت فى معصية فاضطررت إلى أكل الميتة فأكلتها ولم يفارقنى العصيان بعد ؟ فلم يبق إذن إلا أن الاضطرار لا فرق فيه بين العاصى والمطيع ، وليس بعد هذا إلا الجدل النظرى الذى لا تنبنى عليه ثمرة ، قال ابن خويز يؤكد هذا المعنى بما فيه الكفاية (فأما الأكل عند الاضطرار فالطائع والعاصى فيه سواء لأن الميتة يجوز تناولها فى السفر والحضر وليس بخروج الخارج إلى المعاصى يسقط عنه حكم المقيم بل أسوأ حالة من أن يكون مقيما وليس ، كذلك الفطر والقصر لأنهما رخصتان متعلقتان بالسفر فمتى كان السفر سفر معصية لم يجز له أن يقصر فيه لأن هذه الرخصة تختص بالسفر ولذلك قلنا أنه يتيمم إذا عدم الماء فى سفر المعصية لأن التيمم فى الحضر والسفر سواء ، وكيف يجوز منعه من أكل الميتة والتيمم لأجل معصية أرتكبها وفى ترك الأكل تلف نفسه ، وتلك أكبر المعاصى وفى تركه التيمم إضاعة للصلاة ، أيجوز أن يقال له ارتكبت معصية فأرتكب أخرى ؟ أيجوز أن يقال لشارب الخمر إذن ؟ وللزانى أكفر ؟ أو يقال لهما ضيعا الصلاة ؟)[1] .

وهذا هو الذى قرره القاضى عبد الوهاب وهو مشهور فى مذهب الإمام مالك رحمه الله .

---

[1] الجامع لأحكام القرآن جـ٢ ص ٢٣٣ وللقاضى عبد الوهاب كلام مثل هذا أو قريب منه انظر فى الأشراف جـ ١ ص ١١٦

وسبب الترخيص للعاصى فى أكل الميتة دون القصر والفطر هو ما حققه القرافى فى التفريق بين كون المعصية سببا للرخصة وبين كونها مصاحبة لها ، قال رحمه الله فى ذلك (فأما المعاصى فلا تكون أسبابا للرخص ولذلك فالعاصى بسفره لا يقصر ولا يفطر لأن سبب هـذين السفر وهو فى هذه الصورة معصية فلا يناسبه الرخصة لأن ترتيب الرخصة على المعصية سعى فى تكثير تلك المعصية بالتوسعة على المكلف بسببها وأما مقارنة المعاصى لإثبات الرخص فلا تمنع إجماعا كما يجوز لا فسق الناس وأعصاهم التيمم إذا عدم الماء وهو رخصة ، كذلك الفطر لو أضر به الصوم والجلوس إذا أضر به القيام فى الصلاة ويقارص وتساقى ونحو ذلك من الرخص وتمتع المعاصى من ذلك لأن أسباب هذه الأمور غير معصية بل هى عجز عن الصوم ونحوه والعجز ليس معصية ، فالمعصية هنا مقارنة للسبب لا سبب وبهذا الفرق يبطل قول من قال إن العاصى بسفره لا يأكل الميتة إذا أضطر إليها لأن سبب أكله خوفه على نفسه لا سفره ، والملحوظ فى هذا التفريق أن القصر والفطر يتعلقان بالعبادة وعدم الأخذ بالرخصة فيها لا بسب ضررا للعاصى ، أما أكل الميتة فيتعلق بالعبادات وعدم الأخذ فيه بالرخصة بسبب ضررا للمعاصى ، ويبنى على هذا التفريق أن المسافر العاصى إذا قصر الصلاة أو أفطر فى رمضان فعمله باطل وعليه القضاء فى الصلاة والكفارة فى الصيام وإلا فلا معنى لهذا

الفرق [1] .

ومن يتأمل حكمة تشريع الرخص يوقن أن الـــدين الإســـلامى قـــد شرعه الله رحمة بالبشر ورأفة بها ، كما ينطق بذلك القرآن الكريم فى قوله تعالى " وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ " [2] . وقولـــه تعـــالى " كِتَابٌ أَنْزَلْنَاهُ إِلَيْكَ لِتُخْرِجَ النَّاسَ مِنَ الظُّلُمَاتِ إِلَى النُّورِ " [3] إلى غير ذلك من الآيات التى تنص صراحة على أن الدين الإسلامى هو ديـــن الرحمة والرأفة ، وأنه الدين الذى يكون منه المنطلق من وحل الظلمات وأرجاس الوثنية إلى النور الوضيئ الذى يكشف لمعتنقه كل ما يحتاج إليه فى كل ناحية من نواحى دينه وهو بما يحمله من هذه الصفات وما يرتكز عليه من تلك المقومات دين اليسر والسهولة والسماحة ، راعى الله فيه ما تقتضيه النفوس وما جبل عليه الخلق فجعل تكاليفـــه غيـــر زائدة على قدرتهم بل أنه من أجل ما يحملـــه مـــن عناصـــر البقـــاء والشمول لجميع البشرية فيضمها فى رحابه رحمة الله وعظيم شفقته ، فكان اليسر والسهولة فى جميع أحكامه واضحة وضوح الشمس فى كبد السماء . ومن تتبع الشريعة فى أصولها وفروعها فى كتاب الله وســـنة

---

[1] جامع لأحكام القرآن ٢ / ٢٣٣ وللقاضى عبد الوهاب كلام مثل هـــذا وقريـــب منه ، أنظر فى الأشراف ١ / ١١٦

[2] سورة الأنبياء الآية ١٠٧

[3] سورة إبراهيم الآية ١

رسوله صلى الله عليه وسلم وجد هـذه النصـوص زاخـرة بالشـفقة والرحمة ، يؤيد هذا قول الله تعالى : " وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِـنْ حَرَجٍ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ هُوَ سَمَّاكُمُ الْمُسْلِمِينَ مِنْ قَبْلُ وَفِي هَذَا لِيَكُـونَ الرَّسُولُ شَهِيداً عَلَيْكُمْ وَتَكُونُوا شُهَدَاءَ عَلَى النَّاسِ فَأَقِيمُوا الصَّلاةَ وَآتُـوا الزَّكَاةَ وَاعْتَصِمُوا بِاللَّهِ هُوَ مَوْلاكُمْ فَنِعْمَ الْمَوْلَى وَنِعْـمَ النَّصِـيرُ [1] . وقال " مَا يُرِيدُ اللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُمْ مِنْ حَرَجٍ وَلَكِنْ يُرِيدُ لِيُطَهِّرَكُمْ وَلِيُـتِمَّ نِعْمَتَهُ عَلَيْكُمْ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ " [2] وقال تعالى " يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفاً " [3] .

وتأتى السنة النبوية فنجدها وافقت القرآن تماما فى الحـث علـى اليسر والسهولة فمن نصوصها ما يحمل وقائع كثيرة من أفعال النبـى صلى الله عليه وسلم أو تقريراته مما فيها يسر وسماحة ، فقد جاء عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال : "وبعثت بالحنفية السمحة ليلها كنهارها" أخرجه الإمام أحمد أنه صلى الله عليه وسلم قال "إن خير دينكم أيسره" وأن الصحابة رضى الله عنهم سألوه عن أشياء تحرجوا منها فقال لهم " إن دين الله فى يسر ــ ثلاثا " وكان من وصياه صلى الله عليه وسلم لقواد الجند وامراء الولايات أن يعملوا على أساس من اليسـر ورفـع

---

[1] سورة الحج الآية ٧٨

[2] سورة المائدة الآية ٦

[3] سورة النساء الآية ٢٨

الحرج وتجنب التشديد وكل ما كان من شأنه إعنات النـــاس والتشـــديد عليهم . جاء فى الصحيحين أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لمعـــاذ وأبى موسى الأشعرى حين بعثهم إلى اليمن يسرا ولا تعسرا وبشرا ولا تنفرا . ومن الأمثلة على شفقته بأمته ورحمته بالناس ما وقع للأعرابى الذى بال فى المسجد بمحضر من الرسول صلى الله عليه وسلم وجمع من الصحابة فأراد الصحابة أن يزجروه وهموا أن يؤنبـــوه ويقطعـــوا عليه بوله احتراما للمسجد وانطلاقا من أن مثل ذلك لا يصح أن يقـــع فيه فنهاهم النبى عن ذلك ، روى جماعة إلا مسلما عن أبـــى هريـــرة رضى الله عنه قال قام إعرابى فبال فى المسجد فقام إليه الناس ليوقعوا به فقال النبى صلى الله عليه وسلم دعوه وأريقو على بوله سجلاً مـــن ماء .. أو ذنوبا من ماء ، فإنما بعثتم ميسرين ، وقد اعتبـــر الهـــادى البشير أن زجر الرجل وتعنيفه وهو فى هذه الحالة داخل فى التشـــدد والعسر الذين لا يلائمان شريعة الإسلام ، ذلك التعليـــل عـــدم خفـــاء احتمال أن يكون الرجل يجهل تحريم البول فى المسجد أو أن به مرضا لا يقدر على منع البول ، يغلبه فى أى مكان ، وقد وضح له الرســـول صلى الله عليه وسلم الحكم لما فرغ من بوله قائلا إن هذه المســـاجد لا تصلح لشئ من هذا البول ولا القذر وإنما هى لـــذكر الله عـــز وجـــل والصلاة وقراءة القرآن ، وقد كان لمعاملة الرسول صـــلى الله عليـــه وسلم باليسر والسماحة فى هذه الواقعة الأثر الحسن فى نفسه فقد حسن

إسلامه وامتلأ قلبه حبا وإجلالا لرسول الإسلام ، روى ابن ماجه وابن حبان من حديث أبى هريرة .. " فقال الأعرابى بعد أن فقه فى الإسلام فقام إلى النبى صلى الله عليه وسلم قائلا بأبى أنت وأمى فلم يؤنب ولم يسب ولهذا وجدنا الأحكام الإسلامية نوعان بعضها عزيمة وبعضها .. رخصة وهى الأخف فيعمل بالأخف فى حالات معينة لظروف مختلفة وهو ما يسمى عند العلماء بالرخصة .

والرخص هى ما شرعها الله من الأحكام تخفيفا على المكلف فى حالات خاصة تقتضى هذا التخفيف أو هى ما شرعه الله لعذر شاق فى حالات خاصة بدليل ، وهى من سماحة الإسلام ويسره ومراعاته لحالات المشقة فى تشريعه للأحكام .

بل أن نصوص الشريعة قد تضافرت فى الأدلة هلى حب الله لإتيان رخصه ، وحث الإسلام على ذلك كما يشير إليه ما رواه الإمام أحمد والدارقطنى بسندها عن ابن عمر رضى الله عنهما : أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " إن الله يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه " وكما روى مسلم وغيره عن عمر رضى الله عنه فى مسألة قصر الصلاة فى السفر " أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " أنها صدقة تصدق الله بها عليكم " فأقبلوا صدقته .

والأمثلة لهذه القاعدة أكثر من أن تحصى ، وأشهر من أن تذكر إلا أننا نستطيع أن نقول فى عبارة مختصرة " أنها توجد فى جوانب

التشريع كله من عقائد وعبادات ومعاملات وأحوال شخصية وعقوبات بل أن بعض العلماء يعد منها ما رفعه الله عن أمة الإسلام من أحكـام شاقة كلفت بها الأمم قبلنا وهو ما يشير إليه قوله تعـالى " رَبَّنَـا وَلا تَحْمِلْ عَلَيْنَا إِصْراً كَمَا حَمَلْتَهُ عَلَى الَّذِينَ مِنْ قَبْلِنَا " [1] ، والحق أن هذه القاعدة من قواعد الدين الكبرى التى أدرك علمـاء الإسـلام قيمتهـا وأهميتها وحاجة الناس إليها ففصلوا جوانبها وأحصوا أقسامها وتعمقوا فى مسائلها ودعموها بالشواهد والأمثلة واستقرءوا على ضوء دراستهم المفصلة لها شريعة الإسلام فابرزوا ما يندرج تحتها ، ولم ينسـوا أن يبينوا الضوابط التى ينبغى أن تتوافر عند الأخذ بها ، غير أن الـذى يعنينا هو ما أوضحناه من شهادة الأولين والآخرين للإسلام بأنه ديـن السهولة واليسر والله من رواء القصد وهو نعم المولى ونعم النصير .

****

[1] سورة البقرة الآية ٢٨٦

الباب الثانى

الفصل الأول : من القواعد الكبرى (الضرر يزال)

المبحث الأول : فى شرح القاعدة

وهذه القاعدة من أهم القواعد وأجلها شأنا فى الفقه الإسلامى ولهـــا تطبيقات واسعة فى مختلف المجالات الفقهية بل وفيها من الفقه مـــالا حصر له . ولعلها تضمنت نصفه ، فإن الأحكام أما لجلـــب المصـــالح والمنافع أو لرفع المضار فيدخل فيها رفع الضرورات الخمس التى هى حفظ الدين والنفس والنسب والمال والعرض وهذه القاعدة ترجع إلـــى تحصيل المقاصد وتقريرها برفع المفاسد أو تخفيفها [1] .

تعريف الضرر فى اللغة :

هو ما يقابل النفع مطلقا سواء كان ذلك يتعلق بالإنسان أو بغيـــره يقال ضره يصره ضررا وصررا وأضر به الفعـــل أو الشـــئ يصـــر إضرارا متعديا بنفسه أو بغيره [2] .

تعريف الضرر فى الشرع :

الضرر فى قاعدة الضرر يزال فى الشرع هى أدلة الضرر لأنـــه ظلم والواجب عدم إيقاعه ، ولأن إزالة الضرر عن المكلف ورفعه عنه فى كل شئون حياته وأموره التكليفية سواء كان ذلك يتعلق بالعبادات أو

---

(١) أبن النجار شرح الكوكب المنير ٤ / ٤٤٣ ــ ٤٤٤

(٢) لسان العرب مادة ضرّ والمصباح المنير مادة صرر

بالعادات لأن التكاليف الشرعية للعباد والمكلفين كلهـا مبنيـة علـى التخفيف والتيسير ورفع الحرج ومنـع الضـرر عـنهم فـى جميـع الأحوال[1] والضرر إلحاق مفسدة بالغير مطلقا ، والضرر إلحاق مفسدة بالغير لا على وجه الجزاء المشروع .

وقد روى الإمام ابن عبد البر قولا ووجوها متعددة تحـدد مـدلول الحديث الذى اعتبره أساس لهذه القاعدة وهو حـديث " لا ضـرر ولا ضرار " وهو من جوامع كلمة صلى الله عليه وسلم وقد سار مسـيرة القاعدة الفقهية الكلية .

ولعل أجود الطرق لهذا الحديث ما رواه الحاكم وغيره عـن أبـى سعيد الخدرى رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " لا ضرر ولا ضرار ومن ضار ضاره الله ومن شاقه شقّ الله عليه [2]

وقد ورد الشطر الأخير فى صحيح البخارى بلفظ من شاق شق الله عليه يوم القيامة [3] .

ونعود إلى معانى الضرر قال بعض الفقهاء الضرر : الذى لك فيه منفعة وعلى جارك فيه مضره . والضرر والضرار مثل القتل والقتال

---

(1) القواعد الفقهية وتطبيقاتها العملية أ . د نصر فريد ص ١٣٨

(2) هذا بلفظ الحاكم وقال هذا حديث صحيح الإسناد على شرط مسند ولم يخرجـاه ووافقه الذهبى على ذلك الحاكم فى المستدرك ٢ / ٥٧

(3) صحيح البخارى بفتح البارى ١٣ / ١٢٨

فالضرر أن تضر بمن لا يضرك ، والضرار أن تضر بمن قد أضـــر بك من غير وجه الاعتداء بالمثل والانتصار بالحق [1] .

وقال العلامة ابن الأثير فى النهاية ، لا ضرر أى لا يضر الرجـل أخاه فينقصه شيئا من حقه . والضرار فعال من الضر أى لا يجازيـه على إصراره بإدخال الضرر عليه [2] ، وبهذا نجـد الاشـتراك بـين المعنى اللغوى والمعنى الشرعى ، ولهذا قال صاحب الأحكام العدليـة فى شرحه لهذه القاعدة . الضرر هو الظلم والواجب عدم إيقاعه وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع فيجب إزالته .

أدلة القاعدة من الكتاب والسنة :

وهذه القاعدة التى تعبر عن معنى الحديث المذكور قـد تضـافرت الأدلة من الكتاب والسنة على بيانها وتأييدها ، وقد أجاد الإمام الشاطبى فى قوله بأن الحديث المذكور لا ضرر ولا ضرار رغـم كونـه مـن الأدلة الظنية تحت أصل قطعى فى هذا المعنـى حيـث أن الضـرر والضرار مبثوث منعه فى الشريعة كلها فى وقائع جزيئـات وقواعـد كليات كقوله تعالى " وَلا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا " [3] وقال تعـالى

---

[1] التمهيد ٢٠ / ١٥٨

[2] النهاية فى غريب الحديث ٣ / ٨١

[3] سورة البقرة الآية ٢٣١

" وَلا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِن " [1] وقوله تعالى " لا تُضَـارَّ وَالِـدَةٌ بِوَلَدِهَا " [2] ، ومنه النهى عن التعدى على النفوس والأقوال والأعراض وعن الغصب والظلم وكل ما هو فى المعنـى إضـرار أو ضـرر ، ويدخل تحته الجناية على النفس أو العقل أو النسل فهو معنى فى غاية العموم فى الشريعة لا مراء فيه ولا شك إذا اعتبرت أخبـار الآحـاد وجدتها كذلك [3] .

وقال الحافظ بن عبد البر أيضا " وأما معنى هذا الحديث فصـحيح فى الأصول وقد ثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال : حرم الله من المؤمن دمه وماله وعرضه وأن لا يظن به إلا الخير وقـال : إن دمائكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام يعنى من بعضكم على بعض وقال: حاكيا عن ربه عز وجل " يا عبادى أنى حرمت الظلم على نفس فلا تظالموا " [4]. وقال الله عز وجل "وَقَدْ خَابَ مَنْ حَمَلَ ظُلْماً" [5].

والذى يصح فى النظر يثبت فى الأصول أنه ليس لأحد أن يضـر أحد سواء أضر به قبل أم لا . إلا أن له أن ينتصر ويعاقب إن قدر ما

---

(1) سورة الطلاق الآية ٦

(2) سورة البقرة الآية ٢٣٣

(3) الموافقات للشاطبى جـ ٣ ص ٩ ، ١٠

(4) رواه مسلم وأحمد والترمذى وابن ماجه من حديث أبى ذر الغفـارى رضـى الله عنه .

(5) سورة طه الآية ١١١

أبيح له من السلطان . والاعتداء بالحق الذى له هو مثل ما اعتدى بـــه عليه والانتصار ليس باعتداء ولا ظلم ولا ضرر إذا كان على الوجـــه الذى أباحته السنة [1] .

وقد ختم شرحه النفيس لهذا الحديث بكلمة الأصولية الآتيـــة .... وهذه أصول قد بانت عللها فقس عليها ما كان فى معناهـــا تصـــب إن شاء الله وهذا كله باب متقارب المعانى فأضبط أصله .

وهذه القاعدة المؤيدة من الكتاب والسنة توجب على المتضـــرر أن يطلب من الذى تسبب له فى الضرر إزالة الضرر بالطرق السليمة وما أكثرها فإن عجز رفع الأمر لولى الأمر ، فـــإن معالجـــة المشـــكلات بالطرق السلمية أيسر واقرب للتقوى وأبقى لدوام العشرة والإخاء وإن رفع الأمر إلى القاضى وجب على القاضى أن يحكم بإزالـــة الضـــرر ووجب على الحاكم تنفيذ ما حكم به القاضى تحقيقا للعدل والأمن بـــين الناس فلا ضرر ولا ضرار .

وعلى المسلمين الذى يشاهدون الضرر أن يتعاونوا مع المتضـــرر لإزالة الضرر عنه بالحسنى عملا بقوله تعالى " وَتَعَاوَنُوا عَلَـــى الْبِـــرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّـــهَ إِنَّ اللَّـــهَ شَـــدِيدُ الْعِقَابِ " [2] وهذه القاعدة ذات شعب ثلاثة تدل عليها :

---

[1] التمهيد لابن عبد البر جـ ٢٠ ص ١٥٧ وما بعدها

[2] سورة الطلاق الآية ٦

١- أن الضرر غير مشروع فلا يجوز الإضرار بالنفس أو بـــالغير أو بالمال لنفسه أو لغيره لأن الضرر ظلم والظلم حرام .

٢- أنه لا يجوز فى التشريع مقابلة الضرر بالضرر فمن أتلف لغيـــره شيئا لا يجوز لهذا الغير أن يتلف عنده شيئا أو أشياء بل يلجأ إلـــى أهل الاختصاص والقضاء لرفع الضرر عنه أو تعويضه .

٣- أن قاعدة الضرر يزال مع غيرها من القواعد يكونان سياجا مانعا من الاعتداء على الحقوق أو إلحاق الضرر والمشقة بالناس بعضهم على بعض ويتبنى على هذه القاعدة من الأبواب الفقهية ما يأتى :

قال السيوطى أعلم أن هذه القاعدة ينبنى عليها كثير من أبواب الفقه من ذلك : الرد بالعيب وجميع أنواع الحياء ، من اخـــتلاف الوصـــف المشروط .. والتعزيز وإفلاس المشترى وغير ذلك ، والحجر بأنواعه والشفعة لأنها شرعت لرفع ضـــرر القســـمة والقصـــاص والحـــدود والكفارات وضمان المتلف والقسمة ونصب الأئمـــة والقضـــاء ودفـــع الصائل وقتال المشركين والبغاة وفسخ النكاح بالعيوب أو الإعســـار أو غير ذلك وهى مع القاعدة التى قبلها متحدة أو متداخلة .

وقد شرعت هذه القاعدة لرفع الضرر عن العباد فمثلا فـــى الـــرد بالعيب ، فالضرر فيه ظاهر لأن العيب نقص فى المعقود عليه الذى تم العقد عليه على أنه سليم من العيب وكامل غير منقوص ثم ظهر أنـــه معيب ، وأيضا خيار الشرط فى عرض البيع شرع لرفع الضرر عـــن

المشترى الذى ليس له خبرة فى أمور البيع والشراء ، فيترتب على عدم وجود الشرط غبنه وضرره وخيار الرؤية فيه رفع الضرر الناتج عن كون السلعة المعقود عليها عند عدم الرؤية أو التسليم ليست مطابقة للأوصاف المذكورة فى العقد بين المتعاقدين وأنه لا يرضى بها على الحالة التى ظهرت عليها لو كان ذلك قبل العقد عليها ، وأيضا النقص فى المعقود عليه ضرر يعود على المشترى إذا كان المعقود عليه وقت التسليم ليس على الهيئة التى رآه عليها المشترى فأقدم على البيع .

أما مشروعية الحجر لرفع الضرر فإن أسبابه متعددة منها الصغر والجنون والغفلة والسفه والدين المستغرق لمال الدين ، فالحجر على هؤلاء ومنعهم من بعض التصرفات الحافز إليه مراعاة مصلحتهم ورفع الضرر عنهم فى الحال والمال وكذلك فى الحجر على المدين الذى لم يعد لديه مال يكفى لسداد ما عليه من الديون فأصبح مفلساً فإن الحجر عليه شرع لمصلحة الدائنين لرفع ضرر ضياع أموالهم بتصرف المدين فيها وهدم تمكنهم من الوصول إليها ، فروعى فى هذا الحجر حماية حقوق الدائنين ، والحجر على المدين المفلس بمنعه من التصرف فى أمواله التى حجر عليها لمصلحة الدائنين ولرفع الضرر عنهم بتمكينهم من الوصول إلى أموالهم ولولا الحجر لضاعفت عليهم أموالهم .

أمام التعزير والحدود والقصاص فقد شرعت لمصلحة المكلفين

ولرفع ودفع الضرر عنهم ومحافظة على ضروراتهم الخمس وهي الدين والنفس والعقل والنسل والمال ، ولولا تشريع هذه الحدود والقصاص لسفكت الدماء وضاعت الحقوق أزهقت الأرواح وصدق الله إذ يقول " وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ يَا أُولِي الْأَلْبَابِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ "[1] .

أما نصيب القضاء والحكام فقد شرع لدفع جور الخصوم بعضهم على بعض ذلك أنه لو لم يشرع ولم يقم قضاة يحكمون بالحق وحكام يقيمون موازين العدل فلن يكون هناك من يوصل الحقوق إلى أصحابها ويزيل الضرر عن المضرورين فيحاول كل مظلوم أن يأخذ بحقه فتتحول الأمور إلى فوضى ويحدث الاضطراب ويختل الأمن ويصبح القوى هو السيد فيحتال الضعيف لأخذ حقه فيكون الفعل ورد الفعل الذى يؤدى إلى الهلاك .

---

(1) سورة البقرة الآية ١٧٩.

المبحث الثانى :

ما يتفرع عن هذه القاعدة من قواعد فقهية مرتبطة بها

يتفرع على هذه القاعدة مجموعة من القواعد متصلة بهذه القاعـدة ومنبثقة عنها ومن هذه القواعـد الضـرورات تبـيح المحظـورات ، والضرورة تقدر بقدرها ، والضر يـزال ، وإذا تعـارض ضـرران يراعى فى الإزالة أخفهما ضررا ، ودرء المفاسد مقـدم علـى جلـب المصالح ، والحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة [1] .

١ - قاعدة الضرورات تبيح المحظورات

وهذه القاعدة تبيح اللجوء إلى محظور عند الاضـطرار إذا وقـع الإنسان فى حالة ضرورة تتعلق بحياته أو بعقيدته أو تتعلـق بإحيـاء إحدى الكليات الخمس والمحافظة عليها من العدم أو النقص فإنها تبيح للإنسان ما كان ممنوعا منه شرعا ومن الأدلة على هذه القاعدة قـول الله تعالى : " فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْـمٍ فَـإِنَّ اللَّـهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ "[2] وقوله تعالى : " إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ " [3] وبعد تعداده جملة من المحرمات فى قوله تعالى " وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَـرَّمَ عَلَـيْكُمْ" "فالقاعدة مستفادة من استثناء القرآن الكريم فى حالات الاضطرار فـى ظروف استثنائية ومن ذلك الإكراه على نطق كلمة الكفر كما فى قوله

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٨٣

[2] سورة المائدة الآية ٣

[3] سورة الأنعام الآية ١١٩

عز وجل " إلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ " [1] فاللجوء إلى محظور عند الاضطرار كالنطق بكلمة الكفر عند الإكراه مما عفا الله العباد عنه ، فلا يوجد أشد وأقصى فى كل أنواع الاضطرار من النطق بكلمة الكفر وهذه من رحمة الله عز وجل بالناس ، ومدى صلاحية الفقه وأتساعه لحاجات الناس ومن أمثلة الاضطرار التى تخرج بالإنسان مما احل الله له إلى ما حرمه عليه أكل الميتة والخنزير للمضطر الذى يخشى أن يموت جوعا وشرب الخمر للذى يخاف أن يموت عطشا أو غصة أو غير ذلك [2] من المحرمات التى يضطر إليها الشخص لإنقاذ نفسه من موت أو مرض أو ما فى معناها من الضرر البين . قال الشيخ مصطفى الزرقا " والذى أراه أنه لا يشترط تحقق الهلاك بالامتناع عن المحظور بل يكفى أن يكون الامتناع مفضيا إلى وهن لا يحتمل أو آفة صحية ، والميزان فى ذلك أن يكون ما يترتب عن الامتناع أعظم محظور من إتيان المحظور وصيانة النفس من الهلاك أعظم وأوجب من صيانة مال الغير واحترام حقه أو من أكل لحم الخنزير أو الميتة " [3] ونرى أن هذا التوسع منسجم مع روح القاعدة ويكون مندوحة للإنسان فى هذا الموقف لأنه قد يتصور أن

---

[1] سورة النحل الآية ١٠٦

[2] إيضاح المسالك ص ٣٦٥

[3] المدخل جـ ٢ ص ٩٩٥

مرحلة الهلاك هى النهاية ، فإذا دخل فى هذه المرحلة قد لا يتدارك من أمر نفسه شئ فيكون الهلاك محققا ، وإن كان الفقهاء متفقـــون علـــى اشتراط تحقق الهلاك فى الإقدام على أكل المحرم وليس الأمر كذلك ، كما قال متأخرى الفقهاء لاختلافهم فى مدى معرفة حالة الهلاك .

والأمثلة فى ذلك كثيرة على أن الضرورة هنا تقدر بقـــدرها فمـــن اضطر إلى أكل المحرم من ميتة وخنزير فلا يتناول من هذه الأشـــياء إلا ما يسد الرمق ويبقى على الحياة ، ويدخل فى الضـــرورة الإكـــراه المؤدى إلى حالات منها من أكره بالقتل أو بإتلاف بعض أعضائه على فعل محرم جاز له ذلك لأنه مضطر ، ويستثنى من ذلك القتل والزنا ، أما القتل فقد اتفق الفقهاء على أن من أكره على قتل أخيه فإنه لا يجوز له ذلك بحال لأن الضرر لا يزال بالضرر ، قال القرطبى أجمع العلماء على أن من أكره على قتل غيره أنه لا يجوز له الأقدام على قتلـــه ولا انتهاك حرمته بجلد أو غيره ويصبر على البلاء الذى نزل به ولا يحل أن يفدى نفسه بغيره [١] .

أما الزنا فقد اختلفوا فيمن أكره عليه هل يجوز له الأقدام عليه أم لا فمنعه الكثير من فقهاء الشافعية [١] والحنابلة [٢] وبعض المالكيـــة [٣] ،

---

(١) الجامع لأحكام القرآن جـ ١٠ ص ١٨٣ وانظر أحكام القـــرآن للجصـــاص جـ ٣ ص ٢٣٩

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٦٠

وجوزه البعض الأخر اعتبارا بالضرورة قال ابن العربى والصحيح أنه لا يجوز الأقدام عليه ولا حد عليه خلافا لابن الماجشون فإنه ألزمه الحد لأنه رأى أنها شهوة خلقية لا يتصور عليها إكراه ولكنه غفل عن السبب فى باعث الشهوة وأنه باطل [٤] ، وقد صرح ابن عبد البر بنسبه هذا الرأى لمالك [٥] .

ومثل ذلك أيضا المرأة التى يضطرها الجوع إلى الزنا فعلى مذهب المالكية يجوز لها ذلك قال خليل فى مختصره " كالمرأة لا تجد ما يسد رمقها إلا لمن يزنى بها ، شرحه الدرديرى بقوله " فيجوز لها الزنا لذلك " والظاهر أن مثله سد رمق صبيانها [٦] وقد قيد ذلك إذا لم تجد ما تسد به رمقها ولو من المحرمات كالميتة والخنزير .

والاضطرار غير القهر والغلبة فالمرأة المغلوبة على أمرها المزنى بها قهرا لا شئ عليها اتفاقا لأنها لا تملك أمر نفسها ، ولأن مرتبة القهر والغلبة أعلى من مرتبة الاضطرار ، وقد ساق ابن القيم فى ذلك قصة المرأة التى خرجت تريد الصلاة فتجللها رجل فقضى حاجته منها

---

[٢] المغنى والشرح الكبير جـ ١٠ ص ١٥٥

[٣] انظر أحكام القرآن للجصاص جـ ٣ ص ٢٣٩

[٤] أحكام القرآن جـ ٣ ص ١٣٧

[٥] انظر الكافى فى فقه أهل المدينة ص ٥٧٤

[٦] الشرح الكبير جـ ٢ ص ٣٦٩

فصاحت وفر ومر عليها غيره فأخذوه فظنت أنه هو وقالت هذا الـــذى فعل بى ، فأتوا به النبى صلى الله عليه وسلم فأمر برجمه فقام صاحبها الذى وقع عليها فقال أنا صاحبها فقال النبى صلى الله عليه وسلم اذهبى فقد غفر الله لك [1] .

٢ـ قاعدة ما أبيح للضرورة يقدر بقدرها

وهذه القاعدة متفرغة عن قاعدة الضرر يزال ومعنى هذه القاعـدة أن الإنسان إذا اضطرته ظروف قاهرة إلى تناول المحرم فلا يأخذ من هذا المحرم إلا بالقدر الضرورى الذى يحفظ عليـه حياتـه ؛ فلـيس الإباحة مطلقة ولكنها مقيدة بالحفاظ علـى الحيـاة وغيرهـا . ومـن تطبيقات هذه القاعدة أن المضطر لأكل الميتة عند المخمصة لا يأكـل إلا قدر ما يسد الرمق والزيادة على ذلك خروج عن حد الضـرورة ، وأيضا الطعام غير المباح فى دار الحرب يؤخذ منه على قدر الحاجـة لأنه أبيح للضرورة وأيضا من استشر فى خاطب لا يلجأ إلى التصريح فى ذكر عيوبه ، إن كان يكفى التلميح والتعريض وأيضا نبات الحـرم فإنه يحرم قطعه وأخذه لعلف الحيوان أو غيره ولكن يقتصر فى ذلـك الأخذ على الضرورة وأيضا الجبيرة فى أعضاء الطهارة يجـب أن لا تستر من العضو إلا بقدر الاستمساك ولا تتعدى هذا الستر عضو سليم

---

[1] أعلام الموقعين جـ ٤ ص ٣٧١ وقد عقب على الحديث بقوله " ذكـره أحمـد وأهل السنن "

بكامله والمجنون لا يجوز تزويجه من ماله بأكثر من واحدة إن كـــان فى حاجة إلى الزواج وذلك لاندفاع الحاجة بها والأمثلة كثيرة لشــرح هذه القاعدة ومنها أيضا المضطر لكشف عورة الغير للتطبيب مثلا فإنه يجوز له من ذلك ما يحتاج للكشف والعلاج وهكذا .

٣- قاعدة الضرر لا يزول بالضرر

وهذه القاعدة لها قيود فى قواعد أخرى وهى مثل قاعدة الضرر لا يزال بمثله ولا بما هو أعظم منه ، من باب أولى لكـــن يجـــوز دفـــع الضرر بما هو أقل منه ، كالطبيب الذى يجرى عملية لمريض لعلمـــة أن ضرر هذه العملية أقل من الضرر الذى يعانية المريض ، فإذا كان الضرر فى إجراء العملية أكبر من الضرر الذى يعاني منه المريض أو كان مساويا له لم يجز إجراء هذه العملية .

ومن فروع هذه القاعدة فى الأحكام الشرعية ما يلى :

١- دار صغيرة يملكها أشخاص أراد واحد منهم أن يقسمها وهـــى لا تصلح للقسمة لصغرها وتقسيمها يؤدى إلى ضرر ، كما أن سكناهم جميعا فيها يؤدى إلى ضرر فلا يزال الضرر بالضرر ، إذا كـــان المزيل أكبر منه أو مساويا له فعندئذ لا يحكم ببيعهـــا لأحـــدهم أو لغيرهم إن أبوا ذلك ويأخذ كل واحد منهم نصيبه من ثمنها وبيعهـــا للجار أولى من بيعها للغير فإن له حق الشفعة فعلـــى القاضـــى أن يستشيره في ذلك قبل الحكم فإن تنازل عن حقه فى الشفعة باعهـــا

لغيره وقد يقال إن فى بيعها ضرر يلحق بالشركاء أو بعضهم أقول نعم ولكنه أخف من الضرر الذى وجبت إزالته بناء علـــى قاعـــدة " ارتكاب أخف الضررين " [1] .

٢- والأمثلة على هذه القاعدة كثيرة ومنها لا يجوز إجبار الجار على وضع الجذوع أو ما يسمى بالعروق على الجدار غير المشترك بين الجارين .

٣- لا يجوز لمضطر أكل طعام مضطر آخر .

٤- من تعرض للهلاك جوعا جاز له أن يأخذ من غيره بقدر ما يـــدفع عنه الهلاك من طعام ونحوه غصبا أو سرقة إذا لم يعطه باختيـــاره بشرط ألا يكون فى ذلك ضرر مساوى للضرر الذى يريد أن يدفعه عن نفسه كأن يكون أخذه هذا الطعام ونحوه يفضى إلى موتـــه أو تلف عضو من أعضائه أو كان هذا الشخص فى مثل حـــال مـــن يخشى على نفسه من الهلاك جوعا وليس معه ما يسد جوعه .

---

[1] القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه أ . د محمد بكر إسماعيل ص ١٠٠

٤ـ قاعدة : إذا تعارضت مفسدتان روعى أعظمها ضررا بارتكاب أخفهما

هذه القاعدة ميزان دقيق لارتكاب أخف الضررين عند وقوع مفسدين يراد دفع أحدهما بالآخر وهذه القاعدة يماثلها من القواعد الشرعية القاعدة المشهورة " درء المفاسد أولى من جلب المصالح " .

والشريعة المطهرة هى الميزان فى تقدير المصالح والمفاسد ثم الاعتبار باجتهاد الفقهاء المحققين فى هذا الباب .

يقول ابن تيميه رحمه الله تحت عنوان القاعدة العامة " إذا تعارضت المصالح والمفاسد والحسنات والسيئات أو تزاحمت فإنه يجب ترجيح الراجح منها فيما إذا ازدحمت المصالح والمفاسد وتعارضت المصالح والمفاسد فإن الأمر والنهى وإن كان متضمنا لتحصيل مصلحة ودفع مفسدة فينظر فى المعارض له فإن كان الذى يفوته من المصالح أو يحصل من المفاسد أكثر لم يكن مأمورا به محرما إذا كانت مفسدته أكثر من مصلحته لكن اعتبار مقادير المصالح والمفاسد هو ميزان الشريعة فمتى قدر الإنسان على إتباع النصوص لم يعدل عنها وإلا اجتهد برأيه لمعرفة الأشباه والنظائر [١] والواقع إن إدراك المصالح والمفاسد مبنى على فهم مقاصد التشريع الحكيم ، وخظوظ الفقهاء

---

[١] ابن تيميه مجموع الفتاوى جـ ٢٨ ص ١٢٩

متفاوتة فى هذا المجال ، فقد تتسع أفاق فقيه إلى معرفة المصلحة أو المفسدة وقد يعز ذلك على فقيه آخر أو يشتبه عليه ، قال صاحب قواعد الأحكام " ومن تتبع مقاصد الشرع فى جلب المصالح ودرء المفاسد حصل له من مجموع ذلك اعتقادا أو عرفان بأن هذه المصلحة لا يجوز إهمالها وأن هذه المفسدة لا يجوز قربانها وأن لم يكن فيها إجماع ولا نص ولا قياس خاص فإن فهم نفس الشرع يوجب ذلك ومثل ذلك من عاشر إنسانا من الفضلاء الحكماء العقلاء فهم ما يُؤثره ويكرهه فى كل ورد وصدر ثم سنحت له مصلحة أو مفسدة لم يعرف قوله فيها فإنه يعرف بمجموع ما عهده من طريقته وآلفه من عادته أنه يؤثر تلك المصلحة ويكره تلك المفسدة ، ولو تتبعنا ما فى كتاب الله والسنة لعلمنا أن الله أمر بكل خير دقة وجلة وزجر عن كل شر دقة وجلة " [1] .

وتحت هذه القاعدة إذا رأى المسلم منكرا وأراد تغييره ولكن غلب على ظنه أن تغييره يؤدى إلى منكر أشد منه أو إلى منكر مساوى له فإنه حينئذ لا تجب عليه إزالته ولا تستحب بل تحرم إذا كانت ستؤدى حتما إلى منكر اشد أما إذا كان النهى عن المنكر باللسان أو إزالته باليد سيؤدى إلى ما هو أخف منه وجب عليه أن يزيله بلسانه إن كان عالما أو متعلما وبيده إن كان راعيا أو حاكما .

---

[1] قواعد الأحكام فى مصالح الإمام للعز بن عبد السلام جـ ٢ ص ١٦٠

ومن الفروع الفقهية التطبيقية لـذلك المبالغـة فـي المضمضـة والاستنشاق مع أنها مسنونة فى الوضوء فإنها تكره للصـائم ومـثلا تخليل الشعر سنة فى الطهارة ولكنه يكره للمحرم بالحج أو العمرة .

وقال صاحب الأشباه والنظائر من الفروع التطبيقية لغلبة المصالحة على المفسدة الصلاة تصح من المكلف بها مع اختلال شرط من شروط صحتها ، كالطهارة وستر العورة والاستقبال عند العجز عـن تحـرى القبلة وذلك تقديما لمصلحة الصلاة التى هـى حـق مـن حقـوق الله الخالصة والتى لا تسقط بحال على مفسدة ترك الشرط اللازم لصـحة العبادة فى حال العزيمة لما فى ذلك من الإخلال بجـلال الله سـبحانه وتعالى فى ألا يناجى إلا على أكمل الأحوال عند العزيمة فغلب جانب مصلحة الصلاة وإقامتها لله على الدوام على جانب المفسدة التى تمنعها عند العزيمة ولا تفسدها عند الضرورة [1] .

٥ـ قاعدة الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة

ومعنى هذه القاعدة أن الحاجة قد تقوى عند الناس فيجوز فيها مـا يجوز فى الضرورة . وهذا معنى قول الفقهاء " والحاجة تنزل منزلـة الضرورة " والفرق بينهما أن الضرورة ما يترتب على تركها هـلاك النفس أو العرض أو غيرهما من الكليات الخمس ، أما الحاجة فهى ما

---

[1] الأشباه والنظائر ص ٨٨

يترتب على تركها عسر ومشقة فى الحياة ومن أمثلة ما أباحه الشـرع للناس بسبب مسيس حاجتهم إليه بيع السلم والإجارة والجعالة والحوالة ونحوها من العقود ، فالقياس فى هذه العقود يقتضى أنها ممنوعة لكون المعقود عليه فيها معدوما أثناء العقد ولكن الشرع أباحها – استثناء – لاشتداد الحاجة إليها وعسر المعاملات بدونها .

والملاحظ أن الضرورة تبيح المحظور فردا كان أو جماعة ، بينما لا تبيحه الحاجة إلا إذا كانت جماعية ، ثم أن الضـرورة إنمـا تبـيح المحظور بصفة مؤقتة ، فإذا زال الاضطرار زالـت الإباحـة ، أمـا الحاجة فتبيح ذلك باستمرار [1].

ومن الفروع الفقهية على هذه القاعدة بعد ذكرنا بعـض الحاجـات التى تنزل منزل الضرورة ، مثل تضبيب الإناء بالفضة فإنـه يجـوز للحاجة على خلاف الأصل للنهى عن الطعام والشراب فى آنية الذهب والفضة وقد جوز هذا التضبيب للحاجة إليه وإن كانـت خاصـة ولا يعتبر معها العجز عن غير الفضة ، لأن هذا العجز يبيح الإنـاء كلـه قطعا كما ذكر السيوطى فى النقدين الذهب والفضة للضرورة .

ومنها أيضا الأكل من الغنيمة فى دار الحرب ، فإنه جائز للحاجـة ولا يشترط للأكل ألا يكون معه غيره وذلك تنـزيلا للحاجـة منزلـة الضرورة فى غير دار الحرب ولو كانت خاصة حرصا علـى وحـدة

---

[1] المدخل للأستاذ الزرقا ١ / ٩٩٨

الصف بين المسلمين ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفـاء لأنـه لمـا كثرت الديون على أهل بخارى سنت الحاجة إلى ذلك . جاء ذلك فـى شرح هذه القاعدة فى مجلة الأحكام العدلية [1] ، وقال يفهـم أن بيـع الوفاء كان ممنوعا وقد جوز بنـاء علـى الضـرورة ، لأن اسـتفادة المقرض زيادة عن بدل القرض ربا ، وممنوع شرعا ، وبيع الوفاء من هذا القبيل غير جائز أصلا ولكن حسب ما هو مذكور فى هذه القاعدة قد اجتهد الفقهاء بناء على احتياج أهالى بخارى فى ذلك الزمن .

....

٦- من القواعد أيضا
(قاعدة التصرف على الشرعية منوط بالمصلحة)

هذه القاعدة مهمة ذات مساس بالسياسة الشرعية وتنظـيم الدولـة الإسلامية تضع حدا ووازعها للحاكم فى كافة تصرفاته ، ولكـل مـن يتولى أمرا من أمور المسلمين ، وقد عبر عنها العلامـة تـاج الـدين السبكى بالصيغة التالية " كل متصرف على الغير فعليه أن يتصـرف بالمصلحة " [2] .

والقاعدة لها سند فى كتاب الله عز وجل وفى السنة المطهرة فمـن أقوى الأدلة عليها قوله تعالى " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَـى

---

[1] شرح على حيدر الرئيس الأول لمحكمة التميز ص ٣٨

[2] التاج السبكى : الأشباه والنظائر " مخطوط " ص ٩٦ الوجه الثانى

أهلها وَإِذَا حَكَمْتُمْ بَيْنَ النَّاسِ أَنْ تَحْكُمُوا بِالْعَدْلِ " [1] . ولا شك أن الخطاب فى قوله تعالى " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ " يقتضى عمومه سائر المكلفين فليس من الجائز الاقتصار به على بعض الناس دون بعض [2] كما نبه على ذلك الجصاص رحمه الله فى تفسير الآية المذكورة .

وقال القرطبى رحمه الله ، وهذه الآية من أمهات الأحكام تضمنت جميع الدين والشرع ... والأظهر فى الآية أنها عامة فى جميع الناس فهى تتناول الولاة فيما وكل إليهم من الأمانات فى قسمة الأموال ورد المظالم والعدل فى الحكومات وتتناول من دونهم من الناس فى حفظ الودائع والتحرز فى الشهادات وغير ذلك [3] .

فهذا التفسير يبين أن الأمانات تتضمن الولايات الدينية والدنيوية ، ويتحتم على من يقوم بولاية ما أن يقيم فيها العدل وهذا يتطلب أن يتولى كل ولاية من كان كفأ لها وأولى بها كما تشير إلى ذلك قاعدة ذكرها القرافى رحمه الله وهى " يقدم فى كل موطن وكل ولاية من هو أقوم بمصالحها . [4]

وإلى تلك المعانى تشير الأحاديث ومنها عن عبد الله بن عمر

---

(1) سورة النساء الآية ٥٨

(2) انظر الجصاص أحكام القرآن جـ٢ ص ٢٠٧

(3) تفسر القرطبى جـ ٥ ص ٢٥٥ ، ٢٥٦

(4) الفروق جـ ٣ ص ٢٠٦

رضى الله عنهما قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته الإمام راعى ومسئول عن رعيته والرجل راع فى أهله وهو مسئول عن رعيته والمرأة راعية فى بيت زوجها ومسئول عن رعيتها والخادم راع فى مال سيده ومسئول عن رعيته [١] .

وعن معقل بن يسار رضى الله عنه قال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول : " ما من عبد يسترعيه الله رعية فلم يحطها بنصحه لم يجد رائحة الجنة [٢] . وعنه رواية آخرى " ما من وال يلى رعية من المسلمين فيموت وهو غاش لهم إلا حرم عليه الجنة " [٣] .

قال السيوطى رحمه الله أصل هذه القاعدة ما أخرجه سعيد بن منصور فى سننه عن البراء بن عازب قال عمر رضى الله عنه " إنى أنزلت نفسى فى مال الله بمنزلة والى اليتيم إن احتجت أخذت منه وإن أيسرت رددته فإن استغنيت إستعففت وهذه القاعدة نص عليها الشافعى إذا قال " منزلة الإمام من الرعية بمنزلة الولى من اليتيم "

****

[١] صحيح البخارى كتاب الجمعة جـ ١ ص ٣٠٤
[٢] صحيح البخارى مع فتح البارى جـ ٣ ص ١٢٦
[٣] المصدر السابق ص ١٢١

٧- قاعدة الميسور لا يسقط بالمعصور

من القواعد المهمة هذه القاعدة من قواعد الفقه تمسك بها جماهير الفقهاء ويتمثل فيها جانب التيسير والتخفيف وقد استنبط الفقهاء هذه القاعدة من الحديث الذى رواه أبى هريرة رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " ما نهيتكم عنه فاجتنبوه وما أمرتكم به فأتوا به ما استطعتم [١] .

ذكرها الإمام تاج الدين السبكى " فى أشباهه [٢] وقال " وهى من أشهر القواعد المستنبطة من قوله صلى الله عليه وسلم " إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم " وعلى أساس الأصل المذكور قد يختلف بعض الأحكام العملية حسب اختلاف الأشخاص وأوضاعهم .

****

---

[١] رواه البخارة عن أبى هريرة ، صحيح البخارى بحاشية السندى كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة حـ ٤ ص ٢٥٨

[٢] الأشباه والنظائر مخطوط الوجه الأول

المبحث الأول : من القواعد الكبرى العادة محكمة

وهى من القواعد الكبرى التى تعتبر أصلا المجموعة من القواعـد المبحث الأول فى مفهوم القاعدة ومعناها .

أولاً : فى اللغة :

العود . الرجوع والتكرار المرة بعد الأخـرى سـميت بـذلك لأن صاحبها يعاودها مرة بعد مرة . أى يفعلها ثم يعود إليها مرة أخـرى بحيث تصبح عادة وجمع العادة عادات وعوائد والعادة تقتضى تكـرار الشيئ كثيرا حتى يصير عادة ولذلك قال ابن الأثير فيمن تعود العـود علية بأن عائد فقال كل من أتاه مرة بعد أخرى فهو عائد له [1] والعود والعادة لها تصريفات كثيرة ومنها العودة والمعاد والصـرف وزيـارة المريض كالعياد والعيادة ومنها العودان منبر النبى صلى الله علية وسلم وعصاه ومنها المعاودة والمواظبة ومنها العيدان الفطـر والأضـحى ومنها قولة تعالى " لرادك إلى معاد " أى المرجع والمصير .

أما معنى العادة فى إصلاح الفقهاء فقد عرفها الفقهاء بقولهم هى ما استقر فى النفوس لدى المكلفين من الأمور المعقولة المتكررة بينهم عند ذوى العقول والطباع السليمة .

---

[1] النهاية لابن الأثير جـ ٣ صـ ٣١٧

مفهوم العرف فى اللغة :

مأخوذ من عادة عرف يعرفه معرفة وعرفانا والعرف الريح الطين والعرف بنات ويوم عرفة التاسع من ذى الحجة والعــرف الجــود [1] ومن معاينة تتبع الشيئ والثانى السكوت والطمأنينة والعرف والمعروف والعارف بمعنى واحد فى اللغة وهو ضد المنكر قــال ابــن منظــور العرف هو كل ما تعرفة النفس من الخير وتتأسى به وتطمئن إليه [2] .

مفهوم العرف عند الفقهاء :

وأما العرف عند الفقهاء فهو كل ما إعتاده الناس وألفوه فى حياتهم من قول أو فعل واستقر فى نفوسهم وارتضته عقولهم وتلقته طبــائعهم السليمة بالقبول دون أن يعارضه مضى صريح من كتاب أو ســنة أو اجتماع على خلافة [3]

المبحث الثانى : مفهوم القاعدة العادة محكمة

هذه القاعدة من كبريات القواعد الفقهية ومعناها أن العرف والعادة أصل يرجع إليه ويحتكم له للحكم بين الناس والفصل بينهم فى عقودهم وتصرفاتهم والتزاماتهم ونزعاتهم وسائر ما يقاضى فيه بعضهم بعضا

---

[1] ترتيب القاموس المحيط للأستاذ الطاهر أحمد الزواوى حـــ٣ صـــ ١٩٩

[2] المعجم الوسيط حـــ ٢ صـــ ٦١٧

[3] القواعد الفقهية أ . د تعد فريد واصل صـــ ١٥٠

وهذه القاعدة أولاها الفقهاء عناية فائقة وتناولوها بالدراسة على ضوء ما جاء فى الكتاب والسنة وإجماع الأمة وبينوا ما يندرج تحتها من الفروع الفقهية ووضعوا لها الضوابط التى تخصص عمومها وتزيل ما فيها من الإشكال وترفع ما فى إيجازها من الإجمال فكثير من المسائل يتوقف الفصل فيها عند القاضى حين يفصل فى القضية على معرفة العرف وعادة الناس ومن الأمثلة على ذلك اختلاف المرتهنين فى قدر الحق قال القاضى عبد الوهاب " إذا اختلف المرتهنان فى قدر الحق فالقول قول المرتهن إلى قيمة الرهن وقال أبو حنيفة والشافعى القول قول الراهن على كل وجه فدليلنا أن العرف أصل يرجع إليه فى التخاصم إذا لم يكن هناك ما هو أولى منه والعرف جار بان الناس لا يرهنون إلا ما يساوى ديونهم أو يقاربها فمن أوعى خلاف ذلك فقد خرج عن العرف [1] .

ومثل ذلك اختلاف الواهب والموهوب له فى الهبة هل هى للثواب أم لا ؟ فيدعى الواهب إنها للثواب ويدعى الموهوب له إنها ليست للثواب فيرجع حينئذ للفصل بينهما إلى العرف الجارى عندهم [2] ومثل ذلك ايضا اختلاف الزوجين فى قبض المهر أو عدم قبضة فيحسم هذا الخلاف بالرجوع إلى العرف الجارى فى بلدهما فى هذه المسألة فإذا

---

[1] الإشراف للقاضى عبد الوهاب البغدادى حـ ٢ صـ ٩

[2] المرجع السابق

كان العرف جاريا بأن الزوج ينقد الصداق قبل الدخول ثم اختلفنا فـــى قبضة قبل الدخول فالقول للزوج احتكاما إلى العرف .

وقد قسم الفقهاء العرف إلى عرف عام وعرف خاص فالعرف العام هو ما يجرى بين عامة الناس من العادات فى كافة البلدان الإســلامية مثل التقسيط فى أداء الثمن بالنسبة لبيع العقار وتأجيل بعــض المهــر بالنسبة للزواج . أما العرف الخاص وهو اصطلاح طائفة مخصوصة على شيىء كاستعمال علماء النحو لفظة الرفع وعلما الأدب كلمة النقد.

أما فى موضوعنا هذا فهو عرف يكون مخصوصا ببلد دون بلد أو بفئة من الناس دون أخرى كالأعراف التى تجــرى بــين التجــار أو الصناع أو غيرهم من فئات المجتمع حتى صار ذلك مطردا أو غالبــا ومن هذا التعريف يتبين أن العرف من حيث طبيعة أن من العرف مــا هو لفظى أو عملى .

العرف اللفظى والعملى

الفرق بين العرف اللفظى والعملى أن العرف اللفظى يتعلــق بمــا يجرى ين الناس ويتعارضون علية من دلالات بعض الألفاظ على غير ما وضعت له فى اللغة كإطلاق لفظ الولد [1] على الذكر دون الأنثــى وإطلاق لفظ الأولاد على الزوجة وإطلاق لفظة الدرهم علــى مطلــق

---

[1] لفظ الولد فى اللغة تشمل الذكر والأنثى

النقود ولو كان ورقا وقد عدد القرافى أمثلة على ذلك منها إطلاق لفظة الشركة على المناصفة [1] أما العرف العملى فهو ما يجرى بين الناس من العادات فى بيــوعهم وانكحــتهم وتبرعــاتهم وســائر عقــودهم وتصرفاتهم كاعتبارهم فى البيع أن يكون حمل المبيع الثقيل على البائع أو على المشترى وكتعيادهم فى الزواج أن يؤجل الزوج بعض المهــر واعتيادهم أن يجهز الأب ابنته فى العرس وما إلى ذلك من العادات .

وإلى هذا أشار الأسناوى وغيره فى قولهم " أن ما ليس له ضـــابط فى الشرع ولا فى اللغة يرجع إلى العرف " [2] وقال ابن القيم أوجبت الشريعة الرجوع إلى العرف عند الاخــتلاف فــى الــدعاوى كالنقــد وغيره [3] والعرف الذى يعمل به هو العرف المعاصر وليس العــرف السابق أو اللاحق إذا كان العرف المعاصر يخالفهما قال الإمام الغزالى فى المستصفى " العرف الذى يحيل الشرع إلية فى تخصــيص العــام وتقييد المطلق " هو ما استقر فى النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول " يعنى هو ما تعارف الناس عليه بالعقل أو بالفطرة ولم يكن معارضا للشرع ولا فرق بينه وبين العادة فالعادة مــأخوذة مــن المعاودة فإذا إعتاد الناس على شئ وتكرر فعله فهو عــرف إلــى أن

---

(1) الفرق حـ ٣ صـ ١٧ وانظر تهذيب الفروق حـ ٣ صـ ٢٨٧

(2) التمهيد فى تخريج الفروع على الأصول فقبل د . حسن هيتو صـ ٢٢٤

(3) الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية صـ ١٠١

العادة هى العمل المتكرر من الأفراد والجماعات والعرف هو الأمـــر الذى تتفق عليه الجماعة من الناس فكل عرف عادة وليس كـــل عـــادة عرفا فإذا قال الفقهاء فى قواعدهم العادة محكمة فإنهم يعنون بالعادة هنا العرف ولا يعنون به ما إعتادة الأفراد فى بعضّ شئونهم والعرف باب من أبواب رفع الحرج ورفع المشقة وتحقيق المصلحة وسد الحاجة وقد سئل القرافى رحمه الله إذا تغيرت تلك العـــادات وصـــارت العـــادات الجديدة لا تدل على ما كانت تدل عليه أولا فهل تبطل هـــذه الفتـــاوى المسطوره فى كتب الفقه ؟ فأجاب فى كتابة الأحكام فى تميز الفتـــاوى والأحكام بأن إقرار الأحكام التى مدركها العادات مع تغير تلك العادات خلاف الإجماع وجها له بالدين بل كل ما هو فى الشريعة يتبع العادات بتغير الحكم فيه عند تغيير العادة إلى ما تقتضيه العادة المتجددة وليست تجديدا للاجتهاد من المقلدين حتى يشترط فيه أهلية الاجتهاد بـــل هـــو قاعدة اجتهد فيها العلماء واجمعوا عليها فنحن نتبعهم فيها مـــن غيـــر إستئناف اجتهاد .

ولذا كان من الواجب على الفقيه إذا أراد أن يحكم بالعرف عند عدم النص أو عند عمومه أو إطلاق أن يكون على معرفة بالزمان وأحوال أهله ومعرفة أن هذا العرف خاص أو عام وأنه مخـــالف للـــنص أولا ولابد له من التخرج على أستاذ ماهر ولا يكفيه مجرد حفظ المســـائل والدلائل .

المبحث الثالث

الأصل الشرعى لقاعدة العادة محكمة

الأدلة على القاعدة من الكتاب :

استدل كثير من الفقهاء لقول الله تعالى : " خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ "[1] وقد استدل بهذه الآية على أن الله سبحانه وتعالى أمر نبيه صلى الله علية وسلم بالعرف وهو ما يتعارفه الناس أو يكون من عادتهم ويتعاملون به فى معاملاتهم فكان هذا الأمر من الله تعالى دليلا على اعتبار العرف من الشرع .

ومن الأدلة التى فيها بشارة لاعتبار هذه القاعدة قول الله تعالى : " وَلَهُنَّ مِثْلُ الَّذِي عَلَيْهِنَّ بِالْمَعْرُوف " [2] وقوله تعالى : " وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوف " [3] قال الأمام القرطبى " العرف والمعروف والعارفة كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس [4] وقد ارشد الله الزوجين فى عشرتهما وأداء حق كل منهما إلى الأخر إلى المعروف المعتاد الذى يرتضيه العقل ويطمئن إليه القلب ولاشك أن ذلك متغير حسب الاختلاف فى المناطق والأحوال .

---

[1] سورة الأعراف الآية ١٩٩

[2] سورة البقرة الآية ٢٣٨

[3] سورة النساء الآية ١٩

[4] تفسير القرطبى حـ ٧ صـ ٣٤٦

ومن هذا القبيل ما جاء فى قول الله سبحانه وتعالى : " لا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُم " [1] فقوله تعالى من أوسط ما تطعمون يقرر لنا الضابط الذى يلجأ إليه فى تحديد مقدار الطعام وتوفير الكسوة فى جميع الأحكام المتعلقة بالكفارات التى ينص الشارع فيها على مقدار معلوم معين فينظر فيها إلى الأعراف السائدة والعوائد المتبعة ويفضل القضايا حسب مقتضاها وإلى هذا المعنى يشير بعض العلماء فى تفسيره ومنها ما ذكره الإمام الطبرى فى قوله " وأولى الأقوال فى تأويل قوله من أوسط ما تطعمون أهليكم عندنا قول من قال : " من أوسط ما تطعمون " . أهليكم فى القلة والكثرة وذلك أن أحكام رسول الله علية وسلم فى الكفارات كلها وردت بذلك وذلك كحكمة صلى الله علية وسلم فى كفارة الحلق من الأذى بفرق من طعام بين ستة مساكين لكل مسكين نصف صاع [2] . ومن الآيات التى أشارت إلى هذه القاعدة قوله تعالى ") وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ " [3] ووجه الدلالة فى الآية إنها تدل على مراعاة

---

[1] سورة المائدة الآية ٨٩

[2] جامع البيان فى تأويل أى القرآن فقيق وتعليق محمود شاكر جـ ١٠ ص ٥٤٣

[3] سورة الحج الآية ٧٨ .

العرف والعادة عند الناس فى الأحكام الشرعية إذا لم يوجد نص يتعلق بالأمر لأنه إذا لم يراع عرف الناس الصحيح الذى تعودوا علية وألفة أصحاب العقول السليمة وأطمأنت إليه القلوب عند عدم الـنص لوقـع الناس فى ضيق وحرج شديدين وهذا ما لا يتفق مـع روح الشـريعة الإسلامية بصريح نص الآية فاعتبر العرف والعادة فى بناء الأحكـام الشرعية مما تدل علية الآية بدلالة النص ودلالة الاقتضاء [١] .

الدليل على هذه القاعدة من السنة النبوية الشريعة :

يقول الإمام عز الدين بن عبد السلام فى قواعد الأحكام ومن أدلـة العرف أيضا قوله عليه الصلاة والسلام " خذى مـا يكفيـك وولـدك بالمعروف " الحديث بكاملة أن هند بنت عتبة قالت يا رسول الله أن أبا سفيان رجل شحيح وليس يعطينى ما يكفينى وولدى إلا ما أخذت منـه وهو لا يعلم فقال صلى الله عليه وسـلم خـذى مـا يكفيـك وولـدك بالمعروف .

ووجه الدلالة فى هذا الحديث هو تفويض من النبى صلى الله عليـه وسلم باعتبار العرف للمرآة دليلا شرعيا لها فى المقدار التـى تأخـذة كحد الكفاية لها وذلك المقدار يحدده العرف الذى يعيش علية أمثالها فى مثل (حالة زوجها المالية) .

العرف ومكانة فى التشريع للدكتور مصطفى فياض ص ٥٧ . حـ ١ صـ ٤٦٩

(١) النووى على مسلم حـ ٢ صـ ٢٣٤

وعلق الإمام النووى على هذا الحديث الذى أقر بالعرف فقال فـــى هذا الحديث فوائد منها اعتماد العرف فى الأمور التى ليس فيها تحديد شرعى [1] .

ومن الأدلة قول النبى صلى اله علية وسلم لحمنة بنـــت جحـــش " فتحيضى ستة أيام أو سبعة أيام [2] " وذلك لمـــا شـــكت إليـــه بأنهـــا تستحاض حيضة كثيرة ففيه تنبيه على الرجوع إلـــى الأمـــر الغالـــب والعادة وهى " ستة أيام أو سبعة "

قال الخطابى فى المعالم فرد رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرها إلى العرف الظاهر والأمر الغالب فى أحوال النساء كما حمل أمرهـــا فى تحيضها كل شهر مرة واحدة على الغالب من عاداتهن ويدل علـــى ذلك قوله كما تحيض النساء ويطهرن ميقات حيضهن وطهرهن وهـــذا أصل فى قياس أمر النساء بعضهن على بعض فـــى بـــاب الحـــيض والحمل أو البلوغ وما أشبه هذا من أمورهن وفى معنى الحديث السابق ما رواه البخارى عن عائشة أن فاطمة بنت أبى حبيش ســـألت النبـــى صلى الله عليه وسلم قالت أنى استحاض فلا أطهر أفادع الصلاة ؟ فقال

---

[1] قال بن الأسد الأثير فى النهاية تحيضت المرآة إذا قعدت أيام حيضـــها تنتظـــر انقطاعه اراد ... عدى نفسك حائضا وافعلى ما تفعله الحـــائض وأنمـــا خصـــص الست والسبب لأنها الغالب على أيام الحيض حـــ ١ صـــ ٤٦٩

[2] رواه الترمزى فى جامعة حـــ ١ صـــ ٢٢٢

: لا أن ذلك عرق ولكن دع الصلاة قدر الأيام التى كنت تحيضين فيها ثم اغتسلى وصلى [1] فقولة صلى الله عليه وسلم " قدر الأيام " ... الخ فيه دلالة واضحة على إعادة الأمر إلى العادة التى كان يجرى عليها أمرها والأدلة من السنة كثيرة على اعتبار العرف والعادة يرجع إليها فى تحديد كثير من الأمور ما لم يكن فيه نص شرعى . ولهذا يقول الفقهاء العرف محكم والعرف والعادة بمعنى واحد مع فرق يسير سنتعرض له .

شروط تحكيم العرف والعادة :

العرف بجميع أنواعه مراعى فى الشريعة الإسلامية ومرجوع إليه فى الفصل بين الناس إذا توافرت فيه الشروط الآتية :

١- أن يكون مطردا أو غالبا [2] ومعنى ذلك أن يكون جريان الناس عليه حاصلا فى جميع الحوادث التى هى من مشمولاته أو فى أكثرها وليس معنى ذلك أن يكون عاما فالاطراد أو الغلبة غير العموم والاطراد أو الغلبة شرط فى العرف سواء كان عاما أو خاصا .

٢ – أن يكون سابقا للتصرفات المراد تحكيمه فيها أما إذا كان متأخرا

---

[1] صحيح البخارى حـ ١ صـ ٨٩ باب إذا حاضت فى شهر ثلاث حيض

[2] الأشباه للسيوطى صـ ٥٦ الأشباه لابن نجيم صـ ١٠٣

عنها فلا عبرة بها ولذلك قال الفقهاء لا عبرة بالعرف الطـارئ [1] ولذلك نبه العلماء إلى أن النصوص الشرعية يجب أن تفهم علـى ضوء الدلالة اللغوية العرفية لها فى عصر صدورها ولا عبره بما طرأ من الأعراف التى تقتضى بتبديل مفاهيم بعض الألفاظ ، قـال القرافى يوكد ذلك " دلالة العرف مقدمة علـى دلالـة اللغـة " لأن العرف ناسخ للغة والناسخ يقدم على المنسوخ فكما أن عقد البيـع يحمل فيه الثمن على النقود المعتادة ولا عبرة فى هذا البيع لتبـدل العادات بعده فى النقود كذلك نصوص الشريعة لا يؤثر فيها إلا ما يقارنها من العادات [2] .

٣ – ألا يعارضه تصريح بخلافة فإذا انعقد البيع بين اثنين مـثلا ولا عين من سيتحمل نقل المبيع منها كان العرف الجارى فى بلـدهما هو الفاصل بينهما كليا إذا كان العرف قد جرى بأن نقل المبيع على المشترى مثلا لا على البائع واشترط المشترى فى العقد أن يتحملها البائع فإن هذا الشرط صريح فى مخالفة العرف لـذلك لـم يبقـى اعتبار بهذا العرف ما دام أحد العاقدين قد اشترط خلافـه ولـذلك فقاعدة العرف كالشرط إنما يكون لها أثر ومعنى إذا سكت العاقدان عن الشرط الذى يتضمن العرف أما إذا كان صريحا بخلاف فهمـا

---

[1] المرجع السابق . وشرح القواعد الفقهية للشيخ أحمد الزرقا صـ ١٦٦

[2] المدخل للزرقا جـ ٢ صـ ١٥٨

على ما اشترطا لأن ما يستفاد بالتصريح مقدم على ما يستفاد بالدلالة والتضمن . غير أن هذا التصريح المخالف للعرف إنما يعمل به ويقدم على العرف ما دام الوفاء به ممكنا شرعا وعادة أما إذا استحال الوفاء به أو كان مخالفا للشرع فإنه يبطل ويصار إلى العرف قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام كل ما يثبت فى العرف إذا صرح المتعاقدان بخلافه بما يوافق مقصود العقد صح ، فلو اشترط المستأجر على الأجير أن يستوعب النهار بالعمل من غير آكل وشرب ويقطع المنفعة لزمه ذلك ، ولو أدخل أوقات قضاء الحاجة فى الإجارة مع الجهل بحال الأجير فى قضاء الحاجة لم يصح ، ولو شرط عليه إلا يصلى الرواتب وأن يقتصر فى الفرائض على الأركان صح ووجب الوفاء بذلك لأن تلك الأوقات إنما خرجت عن الاستحقاق بالعرف القائم مقام الشرط فإذا صرح بخلاف ذلك مما يجوزه الشرع ويمكن الوفاء به جاز كما لو داخل بعض الليل فى الإجارة بالنص عليه [1] .

٤ – أن لا يعارض بنص شرعى معارضة يستحيل الجمع بينهما فحينئذ لا عبره بهذا العرف لأن اعتباره مع هذه المعارضة يؤدى إلى تعطيل النص والعرف الذى يؤدى إلى تعطيل النص فاسد باطل

---

[1] قواعد الأحكام حـ ٢ صـ ١٥٨

ومن أمثلة ذلك بيوع الربا فأنها فاسدة ولا عبره باعتياد الناس عليها لأن النص صريح فى تحريم الربا " واحل الله البيع وحرم الربـــا " [1] ومن ذلك أيضا ما نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم مـــن البيـــوع التى اعتادها العرب الملامسة فى الجاهلية وجرت عليها أعرافهم مثـــل بيع الحصاة [2] وبيع المنابذة وبيع أعلامة وبيع حبل الحبلى وغيرهـــا من الأنواع الأخرى .

فإذا توافرت هذه الشروط الأربعة فى العرف كـــان معمـــولا بـــه ومحكما فى تصرفات الناس وما ينشئونه من عقود والتزامـــات وتـــد تتبدل أعراف الناس وعوائدهم فينبنى على ذلك تبدل الأحكام والفتاوى لدى المجتهدين كما هو معروف عند الفقهاء [3] .

العرف كالشرط :

هذه القاعدة متفرعة عن القاعدة السابقة وقد تقدم الكلام عنها عنـــد ذكر الشرط الثالث من شروط تحكيم العرف ومن أمثلة ذلك ما ذكـــره القاضى عبد الوهاب محتجا على أبى حنيفة والشافعى بقوله يجـــوز أن يستأجر الظئر وغيرها من كل أجير بمنفعته وكسوته ويكون لـــه مـــا

---

[1] الآية القرآنية سورة البقرة صـــ ٢٧٥

[2] ومن صورها أن يلقى المشترى حصاة على عدة أثواب مثلا فيكون ما أصـــابه الحصاة قد وجب فيه البيع دون خيار ولا تراض

[3] انظر الفروق حـــ ٣ صـــ ٢٨٨ وأعلام الموقعين حـــ ٣ صـــ ٣

يكون لمثله من الوسط ووافقنا أبو حنيفة فى الظئر وحـــدها [1] وقـــال الشافعى لا يجوز فى الظئر ولا فى غيرها فدليلنا أن الأغــراض فـــى المنافع يقوم العرف فيها مقام التسمية والاشتراط .

الإطلاق محمول على العادة :

ومعنى ذلك أن اللفظ المطلق يجوز تقيده بالعرف والعادة ،فى ذلـــك دليل على سلطان العرف والعادة ومثل ذلك أيضـــا تخصـــيص العـــام بالعرف قال أبو عبد الله المقرى العادة عند مالك كالشرط تقيد المطلق وتخصص العام مثال تقيد المطلق بالعرف :

شراء الثمر على رؤوس الأشجار فإن يقتضى عند المالكيـــة بقـــاء الثمر على الشجر حملا على العرف والعادة بينما يقتضى عنـــد أبـــى حنيفة القطع قال القاضى عبد الوهاب فى الاستدلال على ذلك ودليلنـــا على أن الإطلاق يقتضى التبعية لقوله صلى الله عليه وسلم " أرأيت أن منع الله الثمرة فيما يأخذ أحدكم مال أخيه " [2] ومنع الثمرة إنما يكـــون بجائحة وذلك إنما يخاف منه على ثمرة مبقاة لأن إطلاق محمول على العادة والعادة المتبعة على ما بينا فوجب حمله الإطلاق عليها . ومثال تخصيص العام بالعرف عدم وجوب إرضاع الأم ولدها إذا كان العرف أن مثلها لا توضع لشرف قدرها فهذا تخصيص لقوله تعالى" وَالْوَالِدَاتُ

---

[1] الأشراف جـ ٢ صـ ٧٠

[2] رواد البخارى مسلم فى البيوع

يُرْضِعْنَ أَوْلادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ " [1] لما فى ذلك من المصلحة العرفية . قال أبى العربى فى ختام شرحة لهذه الآية قال مالك :
كل أم يلزمها رضاع ولدها بما أخذ الله تعالى من حكم الشريعة فيها ، إلا أن مالكا – دون فقهاء الأنصار استثنى الحسيبة فقال لا يلزمها إرضاعه فأخرجها من الآية وخصها فيها بأصل من أصول الفقه فهو العمل بالمصلحة [2] ثم قال يعلل ذلك والأصل البديع فيه هو أن هذا أمر كان فى الجاهلية من ذوى الحسب وجاء الإسلام عليه فلم يغيره وتمادى ذوو الثروة والاحساب على تفريغ الأمهات للمتعة بدفع الرضعاء إلى المراضع إلى زمان [3] فقال به وإلى زماننا فحققناه شرعا [4] .

إذن فتقييد العرف والعادة للمطلق وتخصيص للعام أمر معمول به فى مذهب مالك رحمه الله غير أن الشيخ مصطفى الزرقا نسب إلى المذهب الخلافة فى ذلك والحق خلاف ما قاله الشيخ ولعل الذى جره إلى أن يقرر ذل: هو عدم تفريقه بين العرف اللفظى والعرف العملى .

---

[1] سورة البقرة الآية ٢٣٣

[2] أحكام القرآن حـ ١ صـ ٢٠٦ والمصلحة هنا معناها المصلحة العرفية وبداية المجتهد حـ ٢ صـ ٥٦

[3] الضمير يعود على الإمام مالك

[4] أحكام القرآن حـ ١ صـ ٢٠٦

بعض المسائل الفقهية والأحكام الشرعية العملية المبنية على قاعدة العادة محكمة

قال الأمام السيوطى قال " أعلم أن العادة والعرف راجع إليه فى الفقه فى مسائل لا تعد كثرة فمن ذلك .

سن الحيض . والبلوغ . والإنزال . وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبها وأكثرها وضابط القلة والكثرة فى الضبة . والأفعال المنافية للصلاة والنجاسات المعفو عن قليلها. وطول الزمان وقصره فى مولاة الوضوء فى وجه . والبناء على الصلاة فى الجمع والخطبة والجمعة وبين الإيجاب والقبول والسلام ورده . والتأخير المانع من الرد بالعيب وفى الشرب وسعى الدواب من الجنادل . والإنهار المملوكة . اقامه له مقام الأذن اللفظى وتناول الثمار الساقطة . وفى إحراز المال المسروق وفى المعطاة على ما اختاره النووي وفى عمل الصناع على ما استحسنه الرافعى وفى وجوب السرج والاكاف فى استئجار دأبه للركوب . والحبر والخيط والكحل على من حرث العادة بكونها عليه . وفى الاستيلاء فى الغصب وفى طرف الهدية وعدمه وفى وزن أو كيل. ما جهل حالة فى عهد رسول الله عليه وسلم فإن الأصح يراعى فيه عاده بلد البيع . وفى إرسال المواشى نهارا وحفظها ليلا . وقد اطردت عادة بلد بعكس ذلك اعتبرت العادة فى الأصح .

وفى صوم يوم الشك لمن له عاده . وفى قبول القاضى الهدية لمن له عادة وفى القبص والاقباض ودخول الحمام . ودور القضاء والولاة

والأكل من الطعام المقدم ضيافة بلا لفظ وفى المسابقة والمفاضلة إذا كانت للرماة عادة فى مسافة تنزل المطلق عليها وفيما إذا اطردت عادة المتبارزين بالأمان ولم يجر بينهما شرط فالأصح إنها تنزل منزلة الشرط وفى ألفاظ الواقف والموصى وفى الأيمان وقد فصل الإمام السيوطى يضرب الأمثلة وتوضيح ما قاله مما ورد فى هذا البحث فقال مثلا فى مسألة الحيض أن العادة فى باب الحيض أربعة أقسام أحدهما ما ثبت فيه بمرة بلا خلاف وهو الاستحاضة .... لأنها علة مزمنة فإذا وقعت فالظاهر دوامها وسواء فى ذلك المبتدأة . والمعتادة والمتحيرة .

والثانى ما لا يثبت فيه بالمرة ولا بالمرات المتكررة بلا خلاف وهى المستحاضة إذا انقطع دمها فرأت يوماً دما ويوما نقاء واستمر لها أدوار هكذا ثم انطبق الدم على لون واحد فإنه لا يلتقط لها قدر أيام الدم بلا خلاف وإن قلنا باللقط بل تحيضها بما كنا نجعله حيضاً بالتلفيق وكذلك لو ولدت مرارا ولم تر نفاساً ثم ولدت وأطبق الدم وجاوز ستين يوماً فإن عدم النفاس لا يصير عادة لها بلا خلاف بل هذه مبتدأة فى النفاس .

الثالث : ما لا يثبت بمرة ولا بمرات على الأصح وهو التوقف عن الصلاة ونحوها بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوماً دما ويوما نقاء .

الرابع : ما يثبت بالثلاث وفى ثبوته بالمرة والمرتين خلاف والأصح الثبوت وهو قدر الحيض والطهر . وهذا مثال لتوضيح

العبارة التى قيلت وهى سن الحيض والبلوغ والإنزال وأقل الحيض والنفاس والطهر وغالبه . ومن الأمثلة أيضاً ما جاء فى اعتبار العرف والعادة راجع إليه فى الفقه قوله العادة فى صوم يوم الشك فإذا كان للإنسان عادة بصوم يوم الاثنين والخميس فصادف يوم الشك أحدهما فلا شئ على الصائم ...

فصل فى تعارض العرف مع الشرع :

هو نوعان أحدهما ألا يتعلق بالشرع حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال فلو حلف ألا يأكل لحما لم يحنث بالسمك وأن سماه الله لحماً . أو لا يجلس على بساط تحت سقف أو فى ضوء سراج لم يحنث بالجلوس على الأرض وان سماها الله بساط ولا تحت السماء وان سماها الله سقفا ولا فى المشمس وان سماها الله سراجا أولاً يضع رأسه على وتد لم يحنث بوضعها على جبل أو لا يأكل ميتة أو دما أو يحنث بالسمك والجراد والكبد والطحال فقدم العرف فى جميع ذلك لأنها استعملت فى الشرع تسميه بلا تعلق حكم وتكليف .

والثانى إن تعلق به حكم فيقدم على عرف الاستعمال فلو حلف لا يصلى لم يحنث إلا بذات الرجوع الركوع والسجود أو لا يصوم لم يحنث بمطلق الإمساك أو لا ينكح حنث بالعقد لا بالوطء ولو كان اللفظ يقتضى العموم والشرع يقتضى التخصيص أعتبر خصوص الشرع فى الأصح فلو حلف ألا يأكل لحما يحنث بالميتة وفى كتاب الإيمان ،

أو أوصى لأقاربه لم تدخل ورثته عملا بتخصيص الشرع إذ لا وصية لوارث .

العادة المطردة :

هل تنزل منزلة الشرط ؟ فيه صور منها [1] .

لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج فهل تنـــزل عـــادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعهم من غير شرط القطع وجهان أصـــحهما لا وقال القفال نعم . ومنها ما لو عم فى الناس اعتياد إباحـــة منـــافع الرهن للمرتهن فهل ينزل منزلة شرطه حتى يفســـد الـــرهن ؟ قـــال الجمهور : لا وقال القفال نعم .

ومنها .. لو جرت عادة المقترض برد أزيد مما إقترض فهل ينزل منزلة الشرط فيحرم إقراضه وجهان أصحهما لا .

ومنها .. لو اعتاد بيع العينة بأن يشترى مؤجلا بأقل مما باعه نقداً فهل يحرم ذلك وجهان أصحهما لا .

ومنها لو بارز كافر مسلما وشرط الأمان لم يجز للمسلم أعانه غير المسلم فلو لم يشترط ولكن اطردت العادة بالمبارزة بالأمان فهل هـــو كالمشروط . وجهان أصحهما نعم فهذه الصور مستثناة .

ومنها ما لو دفع ثوباً مثلا إلى خياط ليخيطه ولم يذكر اجره وجرت عادة بالعمل بالأجرة فهل ينزل منزلة شرط الأجر خلاف . والأصـــح

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطى صـــ ٩٦

فى المذهب لا . واستحسن الرافعى مقابلة .

قاعدة ملحقة بقاعدة العادة محكمة :

كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابط له فيه ولا فى اللغة يرجـــع فيه إلى العرف .

ذلك أن ما ورد به الشرع مطلقاً أى من غير تقييداً وتحديد أو تقديم فالعرف فيه محكم ما لم يكن هناك ضابط لغوى يجب حمل النص عليه بأن يكون اللفظ صريحاً لا يقبل التأويل وقد جاء فى القــرآن الكــريم والسنة النبوية الشريفة ما يوجب على المكلف أموراً لا يمكن تحديدها ولا تقديرها وضبطها إلا بالرجوع إلى عوائد الناس وأعرافهم رحمـــة بهم وتيسيراً عليهم ورعاية لمصالحهم تظل أحكام الشريعة صالحة لكل زمان ومكان ولكى يتمكن كل مكلف من القيام بما كلف بـــه بحســب قدرته وطاقته ويكون فى هذا أيضاً مخارج لأصحاب الأعــذار ترفــع عنهم الحرج والمشقة من ذلك مثلا إيجاب النفقة للمرأة فى حال العــدة أو حال الإرضاع قال جل شأنه: (لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما أتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما أتاها سيجعل الله بعد عسر يسراً) [1]

ومن أمثلة ذلك متعة الزوجة المطلقة قبل الدخول فإن الله عز وجل قد شرعها على المطلق وجعلها حقاً للمطلقة من غير أن يجعل لها قدراً

---

[1] سورة الطلاق الآية ٧ .

معلوماً حتى يتسنى لكل مطلق أن يقوم بها على قدر وسعة فقال جـلا شأنه " لا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِنْ طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا لَهُنَّ فَرِيضَةً وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَـدَرُهُ وَعَلَـى الْمُقْتِـرِ قَـدَرُهُ مَتَاعـاً بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُحْسِنِينَ ".[1]

وفى ضوء تلك النصوص الشرعية اهتدى الأئمة إلى وضـع هـذه القاعدة واحتكموا إليها فى كثير من المسائل والقضايا وهذا ما يرمـز إليه قول القاضى شريح فى عهد بن الخطاب للغـزاليين [2] (سـنتكم بينكم) فإنه يتفق مع هذا الأصل قال العينى فى شرح البخارى (سنتكم بينكم) يعنى عادتكم وطريقتكم بينكم معتبرة [3] .

وضابط كل فعل رتب عليه الحكم ولا ضابط له فى الشرع ولا فى اللغة كإحياء الموات والحرز فى السرقة والأكل من بيت الصديق وما بعد قبضا وإيداعاً وإعطاءً وهدية وغصبا والمعروف فـى المعاشـرة وانتفاع المستأجر لما جرت به العادة وأمثال هذه كثيرة لا تنحصر[4] .

وإذا دققت النظر وتقصيت الإحكام أيقنت أن كثيراً منها تقوم علـى مثل هذه القاعدة وجل ما ذكرناه هنا إنما هو غيض من فيض وصـفوة

---

[1] سورة البقرة الآية ٢٣٦ .

[2] الغزالى وبياع الغزل .

[3] انظر عمدة القارئ شرح البخارى ج ١٢ ص ١٦ .

[4] شرح الكوكب المنير حـ ٤ صـ ٤٥٢ .

القول أن هذه النصوص فى حملتها تتضمن معنى القاعدة .

****

من القواعد التى تتفرع عن قاعدة العرف والعادة
قاعدة المعروف عرفا كالشروط شرطا

هذه القاعدة وردت بصيغ متعددة وإن كانت جميعاً تؤدى إلى معنى واحد ومن هذه الصيغ المعروف عرفا كالمشروط شرعاً ومنها أيضـاً (الثابت بالعرف كالثابت بدليل شرعى) ومنها الثابت بالعرف كالثابت بالنص ومنها المعروف بالعرف كالمشروط باللفظ ومنها العرف يقـوم مقام الشرط .

ومعنى القاعدة أن ما عرف بين الناس وشاع بينهم فى زمـن مـن الأزمان صار كالشرط المشروط فى العقود وغيرها من المعاملات فى تقدير الأحكام بشرط أن يكون العرف غير مناقص للشرع ومما تخرج على هذه القاعدة من الأمثلة :

١ – لو سكن شخص بيتا أعده صاحبه للسكنى من غير إذنـه وسـكن بإذنه من غير عقد ولا اتفاق على أجرة معينة لزمه أن يدفع أجـرة المثل بحسب العادة الجارية فى البلد .

٢ – إذا اشترى شخص من آخر شيئاً بمائة جنيه ولم يعين نوع الجنيه يرجع إلى العملة المتداولة فى تلك البلد .

٣ – لو عمل شخص لأخر عملا لم يتفقا على الأجر فيعامـل أجـرة

المثل أية كان معروفا بين الناس أنه يعمل بالأجرة فإن لـم يكـن معروفا بين الناس بذلك فلا أجرة له .

٤- لو دفع الأب لابنته فى عرسها حليا تتزين به ثم طلبـه منهـا أو أدعى أنه أعاره يجب عليه رده متى شاء بحكم له يـرده إليـه أن جرت العادة بمثل ذلك . وإن لم تجر العادة بمثل ذلك . أعتبر هـذا الحلى هبه منه إليها والهبة لا ترد عند بعض الفقهاء .

****

من القواعد الملحق بقاعدة العادة محكمة

قاعدة (ما يعاف فى العادات يكره فى العبادات)

وهذه القاعدة تقوم على قاعدة العادة محكمة إذا كانت موافقة للشرع فما تعافه طباع الناس فى العادة نجده مكروها فى الشرع غالباً والحكم للغالب والنادر لا حكم له . وهذه القاعدة قال بها المقرى المالكى فـى كتاب القواعد الفقهية للشيخ أحمد الندوى ونقلهـا أ . د محمـد بكـر اسماعيل فى كتابه [1] وهذه القاعدة تسبقها قاعـدة المسـتقزر شـرعا كالمستقزر حسا وضرب لها مثالا بالرجوع فى الصدقة بعـد إهـدائها لا يرتضية الشرع ومثل له بالكلب يقئ ثم يعود فى قيئه فتشمئز النفس من ذلك .

---

[1] القواعد الفقهية أ .د محمد بكر اسماعيل ص ١٦١

أما القاعدة التى نحن بصدرها فالأمثلة توضـــح معناهـــا وحكمـــة جوهرها .

المثال الأول : الأوانى المعدة للنحاسات والمستقزرات من الفضلات فهذه يكره استعمالها فى الطهارات والمطعومات وغيرها من الأشـــياء المحترمة .

المثال الثانى : المراحيض تكره الصلاة فيها لأنها موضع مستقزر غالباً والصلاة لها حرمة كما تكره الصلاة فى الحش وهو المكان المعد لقضاء الحاجة للإنسان . وكذلك تكره الصلاة فى المجزرة والمزبلـــة وكل مكان تعاف النفس الجلوس فيه أو النظر إليـــه . هـــذا إذا كـــان للإنسان اختيار للصلاة فى غير الأمكنة المذكورة أما إذا ســـلبت إرادة الاختيار فى الإنسان كان يكون فى سجن مستقزر فإن الكراهة ترفـــع والضرورات تبيح المحظورات .

ومن الأمثلة على هذه القاعدة الوضوء والغسل من الماء المستعمل يكره ذلك أن النفوس تعافه وتحب الماء المطلق النقى الطاهر .

****

الباب الثالث

الفصل الأول

من القواعد الفقهية الكلية قاعدة :

الاجتهاد لا ينقص بالاجتهاد

هذه القاعدة عنون لها صاحب الأشباه والنظائر بمقدمة تقـول مـن القواعد الكلية التى يتخرج عليها ما لا ينحصر من الصـور الجزئيـة قاعدة الاجتهاد لا ينقص بالاجتهاد [1] وهذه القاعدة من الأهمية بمكـان خاصة فى الحكم والقضاء

المبحث الأول :

مفهوم القاعدة والمراد منها شرعاً:

أولاً : معنى الاجتهاد فى اللغة : بذل الوسع واستفراغ الجهد [2] . ثـم صار هذا اللفظ مخصوصاً ببذل الفقهية وسعة فى استنباط الإحكام الشرعية الفرعية من أدلتها التفصيلية [3] ولا يبلغ درجة الاجتهاد إلا من فهم مقاصد الشريعة وتمكن من الاستنباط منها ومـن لـم يعرف مواضع الاختلاف لم يبلغ درجة الاجتهاد وقد وضع علماء

---

(1) الإمام السيوطى ص ١٠٥ .

(2) انظر الجوهرى الصحاح ٢ / ٤٦١ .

(3) إرشاد والفحول للشوكانى ص ٢٥٠ .

الأصول للمجتهد شروطاً ينبغى أن تتوافر فيه ووضع له قواعد ينبغى أن يلتزمها وحدوداً ينبغى أن لا يتجاوزها .

أما المراد بالقاعدة هنا فهو الاجتهاد المستوفى شروطه إذا اتصل بالحكم أو القضاء ونفذ لا يمكن نقضه بالاجتهاد الثانى لعدة أسباب :

أ – أن نقض الاجتهاد باجتهاد مثله يفضى إلى عدم الاستقرار فى الأحكام وزوال الثقة بالمجتهدين ويفتح باب الفوضى والفساد .

ب – لو نقض الاجتهاد الأول بالثانى لساغ أن ينقض للثانى بالثالث وهلم جرا لأن من الاجتهاد ما لا يجوز أن يتغير تبعاً لاختلاف وجهات النظر فى الدليل وكل ذلك يؤدى إلى التسلسل وهو باطل [1]

جـ – اتفق العلماء على أن للقاضى أن يقضى بأى الأقوال الذى مال إليه اجتهاده فكان قضاءً مجمعاً على صحته فلو نقضه فإنما ينقضه بقوله .. وفى صحته اختلاف بين الناس فلا يجوز نقض ما صح بالاتفاق بقول مختلف فى صحته ولأنه ليس مع الثانى دليل قطعى بل اجتهادى وصحة قضاء القاضى الأول ثبت بدليل قطعى وهو إجماعهم على جواز القضاء بأى وجه أتضح له .

فلا يجوز نقض ما مضى بدليل قاطع بما فيه شبهة ولان الضرورة توجب القضاء بلزوم القضاء المبنى على الاجتهاد وألا يجوز نقضه .

د – اتفق العلماء على أنه لا ينقض حكم الحاكم فى المسائل المجتهد

---

[1] المستصفى للغزالى حـ ٢ صـ ٢٣٢.

فيها وأن قلنا المصيب واحد لأنه غير متعين ولـو حكـم القاضـى باجتهاده قم ثم تغير باجتهاد آخر لا ينقض الأول وأن كـان الثـانى أقوى منه غير أنه إذا تجدد للقاضى لا يعمل إلا بالثـانى [1] وحتـى ندرك مدلول القاعدة لزم أن نعرف أن الاجتهاد منشـأة هـو ظـن المجتهد الذى وصل إليه فى ضوء الدلائل والإمارات التـى أرشـده الشارع إليها ومن ثم ليس ببعيد أن يتغير هذا الاجتهاد (الذى نجـم عن الظن) إذا جد أمام المجتهد أمر وجب عليه إعادة النظـر فـى المسألة المجتهد فيها والعدول عن رأيه الأول ولأن ملكـة الاجتهـاد تتفاوت فى المجتهد وليس أدل على ذلك من أن الصحابة رضى الله عنهم ومن بعدهم من التابعين والأئمة المجتهدين ما كانوا يتمسـكون بوجهات نظرهم الاجتهادية بحيث لا يحيدون عنها قيد شعره بل كانوا يعدلون عنها إلى أحسنها وأوجهها إذا استجد أمامهم مـن الـدليل أو ظفروا بأمارة أقوى وأرجح فهذه مسألة مسلمة لا خلاف فيهـا بـين الفقهاء والأصوليين .

وقد اتفق العلماء على أعمال هذه القاعدة على أسـاس مـا ذكرنـا وانطلاقا من إجماع الصحابة رضى الله عنهم كما تدل على ذلك الآثار والأقوال المأثورة عنهم .

واشترط للعمل بهذه القاعدة أن يكون الاجتهاد الثانى مثل الأول من

---

[1] المنثور من القواعد جـ ١ صـ ٩٣

جميع الوجوه من حيث الدليل والحكم الذى نشأ عنه بحيث لا يكون أحد الدليلين أو الاجتهاديين أولى وأوضح من الأخر فى الحكم أو الدلالة فإذا كان الاجتهاد الثانى أولى وأوضح من الاجتهاد الأول فإنه ينقض به ويشهد بذلك قول الإمام السيوطى " معنى قولهم الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد أى فى الماضى ولكن بعد الحكم فى المستقبل لانتقاء الترجيح الأن ولهذا يعمل بالاجتهاد الثانى فى المستقبل ولا ينقض ما مضى وعلته أنه ليس الاجتهاد الثانى بأقوى من الأول فإنه يؤدى إلى أنه لا يستقر حكم وفى ذلك مشقة شديدة فإنه إذا نقض هذا الحكم نقض ذلك النقض وهلم جرا [1] .

****

[1] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٠١ والمنثور من القواعد للزركشى حـ ١ ص ٩٣

المبحث الثانى

دليل القاعدة

الأصل فى هذه القاعدة إجماع الصحابة رضى الله عنهم على العمل بموجبها كما قال السيوطى نقلا عن ابن الصباغ ولم يثبت أن أحدا من الصحابة عمل بما يخالفها ومن الأدلة على هذه القاعدة ما يلى :

١- فقد حكم أبى بكر رضى الله عنه فى خلافته فى مسائل خالفه فيها عمر رضى الله عنه بعد أن آلت إليه الخلافة بعد أبى بكر رضـــى الله عنه ولم ينقض حكمه أى لم يكن ينقض عمر حكم أبى بكر فى هذه الأحكام وذلك أن أبا بكر رضى الله عنه كان يسوى بين الناس فى العطايا ولا يفرق بين المهاجرين والأنصار فيها ولا بين مـــن قاتل رسول الله ومن قاتل معه قبل الهجرة أو بعدها وكان يعلل هذا بأن ما يأخذون من العطايا من بيت مال المسلمين وهو أمر دنيوى والناس فيه أمام الله سواء أما فى الآخرة فإن الثواب يكون متفاوتـــا بمشيئة الله تعالى وكان يقول فى سبب الحكم وعلته - إنما أنا قاسم والله هو المعطى وحسابهم فى تفاضل إيمانهم عند الله فى الآخرة .

أما الفاروق عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقد قال فـــى ســـبب حكمه فى العطايا القائمة على التفضيل والله لا أسوى بين مـــن قاتـــل رسول الله وبين من قاتل مع رسول الله صلى الله عليه وســـلم ففضـــل الذين لهم سبق فى الإسلام وزاد لهم فى العطية ولم يبطل ما حكم بـــه

أبو بكر فى المساواة بينهم فيها بل ظل على ما هو عليه فيما سبق ولكن حكم بخلافه فى عهده .

ووافقه الصحابة المجتهدون على ذلك وعلى صحة حكمة ولم يخالفه أحد فصار اجماعاً .

٢- المسألة المشتركة وهى إذا استغرقت الفروض التركة وكان هناك أخوه أشقاء لم يبق لهم شيئ يرثونه بالتعصيب باعتبارهم من ذوى العصبات الذين لا يرثون بالفرض فإنه فى هذه الحالة يدخلون مع الأخوة لأم فى الثلث باعتبارهم أولاد أم واحدة فقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه لما قضى للاخوة لأم بالثلث واستغرقت الفروض التركه ولم يبق للأخوة الأشقاء شيئاً احتج الأشقاء وقالوا لعمر : هب أبانا كان حجرا أو حارا ليست الأم تجمعنا ولهذا سميت المسألة الحجرية أو الحمارية وسميت المسألة باليميه فى قولهم هب أبانا حجراً تلقى فى اليم نسبة إلى اليم وهو البحر .

وقال عمر . وذلك فيما قضينا . وهذا فيما نقضى . فأخذ يقضى باشراك الأشقاء مع الأخوة لأم فى الثلث . وقد ثبت بطريق صحيح لا خلاف فيه بين أهل الحديث والفقه أن الخليفة عمر بن الخطاب رضى الله عنه سئل عن الحكم فى تقسيم تركة امرأة توفيت عن زوج وأم وأخوين لأم وأخوة أشقاء فحكم رضى الله عنه فيها للزوج النصف ولأم السدس وللأخوة لأم الثلث وحرم الأخوة الأشقاء من الميراث فلم يعطهم

شيئاً من التركة لأنهم عصبته ولم يبق بعد أصحاب الفروض شيئ وقد استدل بحديث رسول الله صلى الله عليـــه وســـلم أعطـــوا الفـــروض لأصحابها وما بقى فالأولى رجل ذكر . ثم عرضت عليه رضـــى الله عنه بعد الحكم فيها نفس المسائلة فى قضية أخرى مشـــابهة للقضـــية الأولى التى حكم فيها وذلك بعد فترة من الزمن ولما أراد أن يحكم فيها بمثل ما حكم فى الأولى قال له الأخوة الأشقاء يا أمير المؤمنين هب أن أبانا كان حجرا ملقى فى اليم أليست أمنا واحدة ؟ وفى بعض الروايات هب أن أبانا كان حمارا أليست أمنا واحدة ؟ فحكم رضـــى الله عنـــه بالتشريك بينهم فى الميراث وجعل الأخوة الأشقاء مع الأخوة الأم فـــى منزله الأخوة لأم جميعاً لأن أمهم واحدة وجعلهم فى الميـــراث ســـواء ومتساويين . وهو حكم اجتهادى لم يخالف نصا قطعيا أو إجماعا ولذلك سميت كما ذكرنا بالمسألة الحجرية وغيرها .

****

أمثلة تطبيقية لما يتفرع على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد من الأحكام الشرعية العملية

أ- أن المجتهد إذا أداة اجتهاده إلى حكم فى حق نفسه كتجويز نكاح المرآة بلا ولى ثم تغير اجتهاده فإما أن يتصل بذلك حكم حاكم آخر أولا يتصل فإن كان الأول لم ينقض الاجتهاد السابق نظراً إلى المحافظة على حكم الحاكم ومصلحته وإن كان الثانى لزمه مفارقة الزوجة وألا كان مستديماً لحل الاستمتاع به على خلاف معتقده (١) .

ب- أن المجتهد إذا أداه اجتهاده إلى أن الخلع فسخ لا طلاق فنكح امرأة خالعها ثلاثا بمقتضى الاجتهاد الأول المقتضى لصحة النكاح ثم تغير اجتهاده وأداة إلى أنه طلاق لزمه تسريحها ولم يجزله إمساكها على خلاف اجتهاده لأنه يظن الآن أن اجتهاده الأول خطأ والعمل بالظن واجب فيلزمه ترك العمل بالاجتهاد الأول .

جـ - ولم حكم بصحة النكاح حاكم بعد أن خالع الزوجة ثلاثا ثم تغير اجتهاده لم يفرق بين الزوجين ولم ينقض اجتهاده السابق لمصلحة الحكم (٢) ويمكن أن نلخص من هذين المتتالين ما يلى :

١- إذا حكم بصحة النكاح حاكم فى هاتين المسألتين لا تحرم عليه زوجته ولا يعتد بتغير اجتهاده وذلك لمصلحة الحكم والقضاء وهذا

---

(١) الآمدى الأحكام فى أصول الأحكام حـ ٣ صـ٢٣٢ المسألة الثامنة .

(٢) المستصفى للغزالى حـ٢ صـ٢٨٢ .

مذهب جماهير العلماء [1] .

٢- للمجتهد نقض اجتهاده الأول إذا ظفر بإمارة أقوى وترجح لديه أمر آخر فإن العدول عن الرأى الأول إلى الثانى والعمل حسب ما يقتضيه واجب فى حقه عملاً بظن الغالب ما لم يقترن به باجتهاده الأول حكم الحاكم .

٣- وبناء على ذلك يجب عليه تسريح الزوجة ولا يمكن الاستمرار على النكاح فى الصورتين المذكورتين واشباههما وهذا ما رجحه المالكية والحنابلة كما نقى على ذلك ابن الحاجب [2] .

ومن الأمثلة التى تتفرع على قاعدة الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد ما إذا اجتهد من أراد الطهارة فى الماء بين طهارته وعدم طهارته فإذا أشتبه عليه الحال ثم أداه اجتهاده الصحيح بطهارته فاجتهاده صحيح وصلاته بهذه الطهارة صحيحة فإذا تغير اجتهاده بعد ذلك وتغير ظنه بعدم طهارته بعد أن ظن طهارته أولا عمل اجتهاده الثانى وجوباً وتيمم للصلاة وجوبا إذا لم يجد ماءً طاهراً غيره ولا يعيد ما صلاة باجتهاده الأول . وصورة المسألة ما لو اجتهد المتطهر فى طهارة أحد الإنائين بهما ماء فظن طهارة إحداهما فتطهر منه وترك الأخر لظنه بعدم طهارته ثم تغير ظنه بعد ذلك إلى طهارة الثانى وعدم طهارة الأول

---

[1] أنظر مسلم الثبوت حـ ٢ صـ ٣٩٦ .

[2] أنظر مختصر المنتهى الأصولى مع شرح العنصر حـ ٢ صـ ٣٠٠ .

الذى تطهر منه أولاً وصلى به بناءً على هذا الاجتهاد حيث لا يعمل بهذا الاجتهاد الثانى فى طهارة الماء وإنما فى عدم طهارته بناءً على اجتهاده الأول ووجب عليه ترك الإناءين معاً والتيمم إذا لم يجد الماء الطاهر فإن كان لم يصلى باجتهاده الأول صلاة ما وجب عليه التيمم وذلك لثبوت خطئه فى ظنه واجتهاده الأول قبل الصلاة وبذلك تكون هذه المسألة من مستثنيات هذه القاعدة .

أيضاً من التطبيقات إذا حكم الحاكم بالقصاص فى القتل بالمثقل ثم حكم حاكم آخر بعدم القصاص بالقتل بالمثقل فى قضية أخرى إذا كان الاختصاص القضائى يسمح له بذلك فإن الحكم الثانى لا ينقض به الحكم الأول لأن كل حكم فيها قام باجتهاد صحيح والاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد فى المسائل الاجتهادية وما ينطبق على اجتهاد القاضيين ينطبق على اجتهاد الحاكم إذا تغير حكمة بتغير اجتهاده إذا كان من أهل الاجتهاد ولأن الاجتهاد الثانى لا ينقض الحكم الذى بنى على الاجتهاد الأول لأن الاجتهاد لا ينقض بالاجتهاد [1] .

ومن الأمثلة لو تغير اجتهاد المجتهد فى القبلة عند الصلاة إذا اشتبهت عليه وتحير فيها ولم تظهر له بيقين فى أى جهة فأداة اجتهاده إلى جهة ما حسبما يغلب على ظن وصلى بناء على اجتهاده هذا ثم تغير اجتهاده إلى جهة أخرى وعمل به فاجتهاده صحيح فى كل فيجب

---

[1] الأشباه والنظائر صـ ١٠٢ .

العمل باجتهاده الثانى ولا قضاء عليه فيما صلاه باجتهاده الأول حتـــى لوصلى هذا المجتهد فى القبلة أربع ركعات فى صلاة واحــدة لأربـــع جهات بالاجتهاد لكل ركعة اجتهادا خاص يخالف مـــا قبلـــة فصـــلاته صحيحة ولا قضاء عليه .

ذلك ما يتعلق بعدم نقض الاجتهاد باجتهاد مثله . أما الاجتهاد الذى حصل فى مقابل دليل من الأدلة الشرعية فلا يعتد به . فقد اتفقت كلمة الفقهاء والأصوليين على أن الاجتهاد المبنى على الخطأ البين المخالف للقطعيات من الكتاب والسنة الإجماع هو اجتهاد باطل وينقض الحكـــم المبنى عليه [1] فإن شرط الحكم بالاجتهاد عدم النص .

ولأنه إذا ترك الكتاب والسنة فقد فرط فوجب نقض حكمه كما خالف الإجماع لأن الإجماع حق فخلافة يكون باطلا قطعا والباطل لا يقـــرر فى الشرع فيفسخ ما بنى عليه وإلى هذا المعنى تشير القاعدة الأصولية " لا مساغ للاجتهاد مع مورد النص . ثم جرى الخلاف بين العلماء فى النقض أو عدم النقض بالقياس الجلى وبالقواعد الكلية فذهب المالكيـــة وجمهور الشافعية إلى أن الحكم المبنى على الاجتهاد المتصـــادم مـــع

---

(١) الزيلعى تبين الحقائق ١٨٨/٤ . والسيوطى صـــ ١١٥

القياس الجلى ينقض ويعد باطلا [١] وقطع جمهور الحنابلة بعدم نقض الحكم إذا خالف القياس الجلى وهو المذهب المعتمد عندهم [٢] .

أما القواعد الكلية فصرح فقهاء المذهب المالكى بـنقض الحكم إذا كان مخالفا لها ولذلك نجد الأمام القرافى يصوغ قاعـدتين فـى هـذا المعنى فيقول " القاعدة أن قضاء القاضى متى خالف إجماعا أو نصاً أو قياسا جليا أو القواعد نقضناه [٣] .

وإلى هذا جنح أستاذ القرافى الأمام عز الدين من فقهـاء الشـافعية أيضا [٤] تلك أمور جوهرية فى الموضوع بحثها العلماء بحثـا وافيـا نتركها خوفا من الإطالة .

وتوضيحا لما ذكرنا تقدم أمثلة لنواقض الحكم فى إيجاز فيما يلى :

١- مخالفة النص مثل أن يحكم بشهادة كافرين لأنه مخالف لقوله تعالى " واشهدوا ذوى عدل منكم " [٥] هذا ما يتعلق بمخالفة النص القرآن الصريح أما يتعلق بمخالفة ما جاءت به السنة فهو يتمثل فيما ذكره

---

(١) الشرح الصغير حـ ٥ صـ ٢١ . النووى روضة الطالبين حـ ١١ صـ ١٥١ والزركشى المنصور فى القواعد حـ ٢ صـ٦٩

(٢) الأنصاف حـ ١١ صـ ٢٢٤

(٣) الفروق حـ ٢ صـ ١٠٧

(٤) انظر قواعد الاحكام فى مصالح الأنام حـ ٢ صـ ٥٧

(٥) سورة الطلاق الآية ٢

ابن القيم في المثال الواقعي التطبيقي في النص التالي . روى عـن مخلد بن خفاف قال وابتعت غلاما فاستغللته ثم ظهرن منـه علـى عيب فخاصمت فيه إلى عمر بن عبد العزيز فقضى له برده وقضى على برد غلة فأتيت عروة فأخبرته فقال : أروح إليه العشية فأخبره أن عائشة أخبرتني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فـي مثل هذا أن الخراج بالضمان فعجلت إلى عمر فاخبرني بما اخبرني به عروة عن عائشة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : فما ايسر هذا على من قضاء قضية اللهم أنك تعلم أني لم أرد فيـه إلا الحق فبلغتني فيه سنة عن رسول الله صلى الله عليه وسـلم فـأرد قضاء عمر وأنفذ سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فراح إليـه عروة فقضى لي أن آخذ الخراج من الذي قضى به على له [1] .

٢- مثال مخالفة الإجماع لو حكم حاكم بأن الميراث كلـه لـلأخ دون الجد فأن الأمة على قولين ..... المال كله للجد أو يقاسم الأخ أمـا حرمان الجد بالكلية فلم يقل به أحد فمتى حكم به حاكم بناء على أن الأخ يدلي بالنبوة والجد يدل بالأبوة والبنوة مقدمة علـى الأبـوة نقضنا هذا الحكم وأن كان مفتيا به لم نقلده [2] .

---

[1] تهذيب التهذيب جـ ١٠ صـ ٧٤ ، ٧٥

[2] القرافي الاحكام في نكييز الفتاوى عن الاحكام صـ ١٣٠

٣- مثال نقض الاجتهاد بسبب مخالفة القياس الجلى لقد أورد الأمـــام النووى مثالا قال فيه لو قضى قاض بصحة نكاح المفقود زوجهـــا بعد مضى أربع سنين ومدة العدة فوجهان .... اشـــهرها وظـــاهر النص نقض لمخالفة القياس الجلى لأنه يجعل حيا فى المال فلا يقسم بين ورثته فلا يجعل ميتا فى النكاح [١]

****

(١) روضة الطالبين حـــ ١١ صـــ ١٥١ ، ١٥٢

المبحث الثالث :

" فى قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام غلب الحرام "

هذه القاعدة من القواعد المهمة المتصلة بمبحث التعارض والترجيح ومعناه إذا تعارض دليلان أحدهما يقتضى التحريم والآخر يقتضى الإباحة قدم دليل التحريم على دليل الإباحة عملا بالاحتياط فى الدين لأن الشرع حريص على اجتناب المنهيات أكثر من حرصه على الإتيان بالمأمورات .

الأساس الذى تبنى عليه هذه القاعدة :

قوله صلى الله عليه وسلم الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات – أو مشبهات – لا يعلمها كثير من الناس فمن اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام كالراعى يرعى حول الحمى يوشك أن يقع فيه إلا وأن لكل ملك حمى إلا وأن حمى الله محارمه [١] .

والمشبهات جمع مشبهة وهو كل ما ليس واضح الحل والحرية مما تنازعه الأدلة وتجاذبته المعانى فبعضها يعضده دليل الحرام وبعضها يعضده دليل الحلال [٢]

---

[١] أخرجه مسلم فى المساقاه جـ ٢ صـ ١٩٩ فما رواه البخارى فى صحيحة باب فضل من استبرأ لدينه جـ ١ صـ ٢٠

[٢] أبن حجر الهيتمى فتح المعين شرح الأربعين صـ ١١٢ ، ١١٣

وقد أجمع العلماء على عظيم موقع هذا الحديث وكثرة فوائدة إذ منها الحث على فعل الحلال واجتناب الحرام والإمساك عن الشبهات والاحتياط للدين والعرض وعدم تعاطى ما يسيء الظن أو يوقع فى محظور [١] ومن السنة الشريفة وردت كثير من الروايات فيها تلميح وتصريح يطلب مراعاة الاحتياط فى الدين منها ما روى عن عطية السعدى رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع مالا بأس به حذرا مما به البأس[٢] ومنها قوله صلى الله عليه وسلم " ذع ما يريبك إلى ما لا يريبك [٣] فى الحديث توجيه بليغ إلى اجتناب ما لم يتيقن حله ولا شك أن الحديث من الأصول التى يرتكز عليها " الاحتياط " وقد علق بعض الفقهاء بعد أن ذكر بعض الأحاديث فى هذا الموضوع فقال " قد

---

[١] المرجع السابق

[٢] رواه ابن ماجة فى الزهد باب الورع والتقوى جـ ٢ صـ ١٤٠٩ وقال المناوى فى فيض القدر جـ ٦ صـ ٤٣٣ أخرجه الترمذى والحاكم فى المستدرك عن عطية بن عروة السعدى جد عروة بن محمد مختلف فى اسم جده نزل الصحاب بالشام له ثلاثة أحاديث قال الترمذى " حسن غريب " ورمز له السيوطى بالصحة

[٣] روى الحديث عن أبى محمد الحسن بن على بن ابى طالب رضى الله عنهما سبط رسول الله صلى الله عليه وسلم – رواه الترمذى وقال هذا حديث حسن صحيح – سنن الترمذى جـ ٤ صـ ٦٨٨

يتعارض فى المسالة وجهان وجه إباحة ووجه تحريم أما فـــى أصـــل مأخذ المسألة من الشريعة كحديثين متعارضين وقياسين متخالفين وإما فى تطبيق صورة الحادثة بما تقرر فى الشريعة من حكمـــى الإباحـــة والتحريم فلا يصفو ما بين العبد وبين الله إلا بتركها والأخـــذ بمـــا لا اشتباه فيه .

وقد كان الصحابة رضى الله عنهم يتعرضون للفتيا والســؤال فـــى بعض الأمور المتشابهة مثال ذلك عندما سئل عثمان رضى الله عنـــه عن حكم الجمع بين الأختين بملك اليمين أجاب بقوله " أحلتهمـــا آيـــة وحرمتهما آية والتحريم أحب إلينا " . وآية الحل التى يشير إليها هـــى قوله تعالى فى آية المحرمات من النساء : " وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَف " [1] وهى بعمومها تشمل الحرائر والإماء وأما آية الحل فهى قوله تعالى فى شأن تعدد الزوجات " فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ " [2] وهى بعمومها تبيح الجمع بين ملـــك اليمـــين مهما تعددوا ولو كان بينهم أختين لأن تملك الأخوة والأخـــوات بملـــك اليمين لا يوجد دليل على منعه فى الإسلام وملك الإماء يقتضى حـــل نكاحها لمالكها إذا لم تكن من المحرمات عليه بنســـب أو رضـــاع أو مصاهرة .

---

[1] سورة النساء آية ٢٣

[2] سورة النساء آية ٢

ومن ذلك تعارض حديث حرمة التمتع من الحائض بغير الوطء فيما تحت الإزار بقوله صلى الله عليه وسلم : " لك من الحائض ما فوق الإزار " مع حديث الحل وهو قوله صلى الله عليه وسلم في شأن الحائض " اصنعوا كل شيئ إلا النكاح " [1] فالحديث الأول يقتضي التحريم بالتمتع فيما تحت الإزار والثاني يقتضى الحل فيرجح التحريم احتياطا [2] وقال الأئمة الذين غلبوا العمل بالتحريم على التحليل : وإنما كان التحريم أحب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم وذلك أولى من عكسه [3] من باب سد الذرائع

مذاهب العلماء فى العمل بالقاعدة إذا أجتمع الحلال والحرام

العمل بهذه القاعدة يكاد يكون موضع اتفاق بين الفقهاء وأن اختلافهم فى التعليل ويقول علماء الأصول تعريفا بهذه القاعدة بقولهم { ما لا يتم ترك الحرام إلا بتركه فتركه واجب } فإن اختلط ميتة بمزكاة أو أخته بأجنبية فلا يتم ترك الحرام الذى هو أكل الميتة في الأول ونكاح الأخت فى الثاني إلى ترك الجميع فترك الجميع وأحب

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطى صـ ١٠٦ ومسلم بشرح النووى حـ ١ صـ ٢٠٣ والسنن الكبرى للبيهقى جـ ١ ص ٢١٢

[2] المراجع السابق

[3] المراجع السابق . والسنن الكبرى للبيهقى حـ ٢ صـ ١٦٩

وقالوا حرمت الميتة بعلة الميتة والأخرى بعلة الاشتباه لأن الميتة غير معروفة بعينها فالجميع محرم لأنه لا يتم ترك الحرام إلا بترك الجميع فكل واحد أكل منها احتمل أن تكون هى الميتة (١) .

وقال الأمام الغزالى إذا اختلط فى البلد حرام لا ينحصر لم يحـرم الشراء منه بل يجوز الأخذ منه إلا أن يقترن بتلك العين علامة تـدل على أنهما من الحرام فإن لم يقترن فليس بحرام لكـن تركـة ورعـاً مندوب . وأن كان الحرام فى البلد محصورا فإن كان لا يتوصل إلـى استعمال المباح إلا بالحرام غُلب الحرام احتياطاً (٢) وحرم الجميـع . ومذهب الأحناف تغليب جانب الحرمة سواء كان الحـلال واجبـا أو مباحاً .

آما الشافعية فقد غلبوا الحرمة فى المباح الحلال دون الواجب حيث قالوا إذا أختلط المباح بالمحرم روعى مصلحة الواجب على المحـرم ومن أمثلة ذلك (٣)

١ – إذا اختلط الشهداء بعيرهم من الموتى المسلمين غيـر الشـهداء بحيث لا يمكن التميز بينهم وجب غسل الجميع والصلاة عليهم وأن كان الغسل والصلاة على الشهداء حراما لأنهم فى حكم الأحياء .

---

(١) أصول الفقة للشيخ محمد الأمين الشنقيطى

(٢) المنثور من القواعد للزركش ١٣٦/١ وما بعد

(٣) المرجع السابق

٢ – إذا اختلط موتى المسلمين بالكفار وجب غسل الجميع والصلاة عليهم جميعاً والتميز يكون بينهم بالنية عند الصلاة في تكبير الإحرام إى بأن تكون نية الصلاة على المسلم دون الكافر منهم ودليل ذلك ما رواه البيهقى بسنده . أن النبى صلى الله عليه وسلم مر على مجلس فيه اختلاط بين المسلمين والمشركين .

٣ – المضطر يجب عليه أكل الميتة وأن كان أقل الميتة حراماً فى ذاته فى حال العزيمة . والرخصة لا تحلل الحرام ولكن ترخص فيه فقط وترفع الإثم .

٤ – المرآة لا يجوز لها السفر وجدها بدون محرم وهجرتها من بلاد الكفار واجبة إلى بلاد المسلمين فإذا لم تجد المرآة المسلمة محرما وجب عليها الهجرة إلى بلاد المسمين وحدها بدون محرم [١] .

من فروع قاعدة إذا اجتمع الحلال والحرام علب الحرام :

إذا تعارض دليلان : أحدهما يقتضى التحريم والأخر الإباحة قدم التحريم فى الأصح ومن سئل قال عثمان لما سئل عن الجمع بين أختين بملك اليمين " أحلتهما آية وحرمتهما آية والتحريم احب ألينا " وكذلك تعارض حديث " الاستمتاع من الحائض " ما فوق الإزار " .

وحديث اصنعوا كل شيء إلا النكاح " فإن الأول يقتضى تحريم ما بين السرة والركبة والثانى يقتضى إباحة ماعدا الوطء " فيترجح

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى صـ ٦

التحريم احتياطاً .

قال الأئمة أو أنما كان التحريم احب لأن فيه ترك مباح لاجتناب محرم وذلك أولى من عكسه .

ومنها : لواشتبهت محرم بأجنبيات محصورات لم تحل .

ومنها : قاعدة مد عجوة ودرهم .

ومنها : من أحد أبويها كتابى والأخر مجوس أو وثنى لا يحل نكاحها ولا ذبيحتها ولو كان الكتاب الأب فى الأظهر تغليبا لجانب التحريم .

ومنها : من أحد أبوية مأكول والأخر غير مأكول لا يحل أكلة ولو آكلة محرم ففيه الجزاء تغليبا للتحريم فى الجانبين .

ومنها : لو كان بعض الضبة للحاجة وبعضها للزينة " حرمت "

ومنها : لو كان بعض الشجرة فى الحل وبعضها فى الحرم قطعها .

ومنها : لو اشترك فى الذبح مسلم ومجوس أو فى قتل الصيد سهم وبندقية لم يحل .

ومنها : عدم جواز قتل الجارية المشتركة .

ومنها : لو اشتبه مذكى بميتة أو لبن بقر بلبن أتان أو ماء ببول لم يجز تناول شيء منها ولا بالاجتهاد ما لم تكثر الأوانى كاشتباه المحرم كن لو أختلط زوجة بغيرها فليس له الوطء ولو باجتهاد سواء محصورات أم بلا خلاف قاله فى شرح المهذب[١]

---

[١] المرجع السابق

ومن صوره : أن يطلق إحدى زوجته مبهما فيحرم الوطء قبل التعيين أو يسلم على أكثر من أربع فيحرم قبل الاختيار :
ومنها ما ذكره النووى فى فتاويه إذا أخذ المكاس من إنسان دراهم فخلطها بدراهم المكس ثم رد عليه قدر درهمه من ذلك المختلط لا يحل له إلا أن يقسم بينه وبين الذى أخذت منهم .

وفى فتاوى أن الصلاح : أو أختلط درهم حلال بدرهم حرام ولم يتميز فطريقة أن ينزل قدر الحرام بينه القسمة ويتصرف فى الباقى والذى عزله أن علم صاحبه سلمة إليه وإلا تصدقه ؛ عنه وذكر مثله النووى وتقال إتفق أصحابنا ونصوص الشافعى على مثله فيما إذا غصب زيتا أو حنطة وخلط بمثله قالوا : يدفع إليه من المختلط قدر حقة ويحل الباقى للغاصب [1] .

مما يلحق بقاعدة : إذا اجتمع الحلال والحرام .. فى باب سدا لذرائع قاعدة (من استعجل الشيئ قبل أوانه عوقب بحرمانه) هذه القاعدة مبينة على سد الذرائع والذرائع هى الوسائل التى يستغلها بعض الناس فى الاحتيال على المشرع وأخذ ما ليس له حق فيه هى من القواعد التى تجرى مجرى الغالب وحكمة هذه القاعدة صيانة حقوقهم وحفظ أموالهم وأعراضهم ومنع التعسف فى استعمال الحقوق .

---

[1] المرجع السابق

معنى القاعدة :

أن من استعجل الشئ الذى جعل له الشرع وقتا تجرى عليه الأحكام فيه وجعل الله له وقتا لا يتعداه فإن الشارع الحكيم يعاقب من قصد التحايل والالتفاف على ما قضى الله به كأن الإنسان وهو يحتال للخروج عن حكم الشرع يعلن فى قراءة نفسه أنه لا يرضى بحكم الله عز وجل .

ومن فروع هذه القاعدة وأمثلتها ما يأتى :

أ – من طلق امرأته فى مرض موت بغير رضاها ليحرمها من الميراث ومات قبل انقضاء عدتها فإنه يعامل بضد قصده فلا يعتد بطلاق وترثه امرأته .

ب – من باع شيئاً وسلمه للمشترى قبل قبض ثمنه فقد فوت حقه فى حبس السلعة عنده فلا يجوز له أن يطالب المشترى برد السلعة حتى يدفع الثمن بل له أن يطالبه برد الثمن فقط . وكان عليه أن يقبض الثمن مع تسليمه للسلعة كما هو فى البيع والشراء غالباً وحيث أنه استعجل فى تسليم المبيع قبل قبض الثمن عوقب بسقوط حقه الذى كان مشروعاً له بحبس السلعة حتى يقبض الثمن . ويستطيع البائع أن يتجه إلى حكم .

شرعى آخر وهو طلب الإقامة [١] إنقاذا لعدم وفاء المشترى ولكن الإقالة أيضاً مرهونة برضى المشترى وذلك تلافياً لترك حق كان من الواجب على البائع استعماله بعدم تسليم السلعة قبل القبض .

مستثنيات هذه القاعدة :

١- لو أن امرأة شربت دواءً لتحيض فحاضت لم تقضى الصلاة لأن عدم قضاء الصلاة تتعلق بالحيض بعض النظر عن استعجالها له وعدمه .

٢- لو أن شخصاً شرب دواءً قبل الفجر ليمرض حتى لا يصوم لا يعاقب بنقيض قصده لأن الرخصة متعلقة بالمرض وقد حصل ولا عبرة بسوء القصد لأنه أمر مظنون ..

٣- لو قتل صاحب الدين المدين حل دينه ووجب على الورثة سداده من ماله أن كان له مال أو من أموالهم تطوعاً منهم وقد خرجت هذه المسألة من القاعدة لأن الشرع جعل للدين أجلا ما دام المدين حيا فإن مات انقطع الأجل شرعاً ووجب سداد الدين من تركته سواء مات ميته طبيعية أو مات مقتولا وإن استعجل صاحب الدين دينه بقتله فقد تعارض هنا سببان : الاستعجال وحكم الشرع بحلول الدين عند الموت والاستعجال أمر مظنون وحكم الشرع مقطوع به فقدم المقطوع ، على المظون .

---

[١] الإقالة هى طلب فسخ البيع سشواء كان الطلب من البائع أم من المشترى .

شرح لقاعدة الخروج من الخلاف مستحب

هذه قاعدة مهمة ينبغى العمل بها لأن مقصـــدها تجميـــع القلـــوب وتأليف النفوس والبعد عن الخلاف الذى يثير العداوه ويأجج نار الفتنة بين المسلمين ولأن تأليف قلوب المسلمين هدف يسعى الجميع لتحقيقه .

الدليل على هذه القاعدة والأصل فيها :

ما رواه البخارى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لعائشة : لـــولا أن قومك حديث عهد بكفر لنقضت الكعبة فجعلت لها بابين بابا يـــدخل الناس منه وبابا يخرجون [1] فقد ترك النبى صلى الله عليه وسلم الشئ المحبب إلى نفسه والذى يتمنى تحقيقه فى بناء البيت درءاً للإخـــتلاف ومنعاً للشقاق وجلبا لتأليف القلوب فدل هذا بوضوح على استحباب هذه القاعدة وعلى صحة العمل بها .

ومن الأدلة أيضاً على هذه القاعدة ما رواه أو داود فى سنة عن أن ابن مسعود رضى الله عنه أنكر على عثمان رضـــى الله عنـــه إتمـــام الصلاة فى السفر خلفه متمما لها وقال الخلاف شر وفى رواية قال إنى أكره الخلاف وقال الخلاف شر وفى رواية قال إنى لا كره الخلاف .

وإيضاحاً لهذا الأمر فقد ورد أن عثمان أتم صلاة الظهر وصـــلاة العصر فى عرفات فجمع ولم يقصر فقال عبد الله بن مسعود : صليت

---

[1] صحيح البخارى كتاب العلم باب من ترك بعض الاختيار مخافة أن يقصد فهم بعض الناس عنه فيقع فى أشد منه حـــ ١ صـــ ٤٠ .

خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فجمع وقصر وصليت خلف أبى بكر أيضاً فجمع وقصر وصليت خلف عمر فجمع وقصر وصليت خلف عثمان قائم فلما سئل عثمان فى هذا قال ما معناه أن كثيراً من الأعراب أتوا هذا العام للجمع فخشيت أن يفهموا أن صلاة الظهر ركعتين وصلاة العصر ركعتين فأتممت .

وقد جرى على ذلك من ترك الخلاف الأئمة السابقون من عصر الصحابة إلى عصر الأئمة المجتهدين ومن بعدهم ومن ذلك روايات كثيرة منها أن الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه كان يرى الوضوء من الرعاف والحجامة فقيل له فإن كان الإمام قد خرج منه الدم ولم يتوضأ هل تصلى خلفه ؟ فقال كيف لا أصلى خلف الإمام مالك وسعيد بن المسيب رحمهم الله جميعاً وقد كان لا يريان وجوب الوضوء من الرعاف والحجامة .

ولهذه القاعدة أمثلة كثيرة نرد منها البعض على سبيل الإجمال :

أ - يستحب التدليك فى الوضوء والغسل عن لمن يرى وجوبهما رعاية لمن قال بوجوبهما .

ب- مسح جميع الرأس لمن يرى أن مسح بعض الرأس هو الواجب رعاية لمن قال بوجوب مسح جميع الرأس .

جـ- يستحب الإتيان بالمضمضة والاستنشاق فى غسل الجنابة رعاية لم أوجبها فيه .

د – تبيت النية قبل الفجر فى صوم النفل لمن يجوز حصـــولها بعـــد طلوع الشمس رعاية لمن قال بوجوب تثبيتها قبل الفجـــر كصـــيام الفرض .

هـــ– غسل المنى بالماء لمن يرى طهارته رعاية لمن قـــال بنجاســـة

ويشترط فى العمل بهذه القاعدة ثلاثة شروط .

أولا : أن لا تؤدى فى مراعاتها إلى خرق الإجماع كما نقلوا عن ابن سريح أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه ويمسحهما مع الرأس ويفردهمـــا بالغسل مراعاة لمن قال أنهما من الوجـــه أو الـــرأس أو عضـــوان مستقلان فوقع فى خلاف الإجماع إذا لم يقل أخر بالجمع .

ثانياً : أن يكون مأخذ المخالف قوياً فإذا كان ضعيفاً واهياً فلا يأته بـــه ولا سيما إذا كانت المراعاة تؤدى إلى ترك سنة ثابتة صحيحة ذلك أن بعض الفقهاء قد يكون له رأى يعارض بأحاديث مثل من قال بـــبطلان الصلاة برفع اليدين لم نقم لخلافه وزنا لأنه معارض للأحاديث الثابتـــة فى هذا الباب .

ثالثاً : أن لا يكون الخروج من الخلاف يؤدى إلى الوقوع فى خـــلاف آخر ومن ثم كان فصل الوتر أفضل من وصله ولم يراع خلاف أبـــى حنيفة لأن من العلماء من لا يجيز الوصل .

هذا إذا كان الخلاف يستند إلى رأى راجح بدليل يمكن اعتباره حجة أما إذا كان الدليل ضعيفاً فى حال الخلاف فلا يعتد بـــه ولا وزن لـــه

مثال ذلك ما ورد عن ابن حزم رحمه الله : (من سافر فى رمضـــان نفرض عليه الفطر إذا تجاوز ميلا أو بلغه أو ازاءه) وقد بطل صومه حينئذ [1] وهنا لا يمكن أن يقال : أن الأفضل هو الفطر مطلقاً خروجاً من خلاف ابن حزم بل الراجح الصحيح فى هذه المســألة هـــو : أن الأفضل : الفطر لمن يتضرر بالصوم والصوم لمن لا يتضرر به والله أعلم .

****

---

[1] المحل لابن حزم حــ ٦ صـــ ٢٤٣ .

المبحث الثانى : فى القاعدة

(الإيثار فى القرب مكروه وفى غيرها محبوب)

ومعنى هذه القاعدة عند الفقهاء أن الإيثار وهو تقديم الغير على النفس فى الأمور التى يتقرب بها إلى الله عز وجل والمعلومة من جهة الشرع هذا الإيثار مكروه . أما الإيثار فى الأمور المتعلقة بما تهواه النفس وترغبه من الأمور الدنيوية وللإنسان فيها حظ وإختيار فاللفعل أو الترك من أمور الدنيا فإن ذلك الإيثار محمود بأن يؤثر الإنسان الغير على نفسه ومن الأدلة على هذه القاعدة من القرآن الكريم قول الله تعالى (ويؤثرون على أنفسهم ولو كان بهم خصاصة) [1].

ومن السنة النبوية الشريفة قوله صلى الله عليه وسلم (إنكم ستلقون بعدى أثره فاصبروا حتى تلقونى غدا على الحوض) [2]

والآية والحديث يدلان دلالة قاطعة على مدح الإيثار وتقديم الغير على النفس ولكن القاعدة التى نحن بصددها تؤكد أن هذا الإيثار يكون محمودا فى أمور وفى غيرها مكروه فليس من الإيثار الذى يؤدى إلى ترك واجب أو يمنع من أداء فرض أما الإيثار فى أمر الدنيا مما تهواه النفس وتحبه يجعل من يفعل ذلك دخلا فى ثواب الأنصار وزمرتهم

---

[1] سورة الحشر الأية ٩ .

[2] البخارى وسلم وغيرهما عن أنس – البخارى بحاشية السندى جـ ٢ صـ ٣١١ .

لأن المدح من الله عز وجل يشملهم ويشمل غيرهم لأنه فى الواقع كما يقولون العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب .

قال الشيخ عز الدين بن عبد السلام . لا إيثار فى القربات فلا إيثار بماء الطهارة ولا يستر العورة ولا بالصف الأول لأن الغرض من العبادات التعظيم والإجلال فمن أثر به فقد ترك إجلال الله وتعظيمه[1]

وقال الإمام لو دخل الوقت ومعه ماء يتوضوء به فوهبه لغيره لتوضاء به لم يجر لا أعرف فيه خلاف لأن الإيثار إنما يكون فيما يتعلق بالنفوس لا فيما يتعلق بالقرب والعبادات [2] .

وقال الشيخ أبو محمد فى الفروق : من دخل عليه وقت الصلاة ومعه ما يكفيه لطهارته وهناك من يحتاجه للطهارة لم يجز له الإيثار ولو اراد المضطر إيثار غيره بالطعام لاستبقاء مهجتة كان له ذلك وإن خاف فوات مهجته .

والفرق أن الحق فى الطهارة لله فلا يسوغ فيه الإيثار والحق فى حال المخمصة لنفسه وقد علم أن المهجتين على شرف التلف إلا واحدة تستدرك بذلك الطعام فحسن إيثار غيره على نفسه .

ويجدر بنا أن نشير إلى الحق وتقسيماته حتى يتضح ما جاء بالقاعدة معرفة ما لله من حقوق وما للإنسان من واجبات وقال الفقهاء

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى صـ ١١٦.

(٢) المرجع السابق .

ينقسم الحق عدة تقسيمات باعتبارات مختلفة حسب المعنى الذى يـدور عليه الحق نذكر أهم هذه القسيمات وأحكامها وما ترتب عليهـا مـن نتائج .

التقسيم الأول باعتبار صاحب الحق :

ينقسم الحق بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أنـواع : حـق الله ... حـق الإنسان ... حق مشترك ... وهو ما أجتمع فيه الحقان ولكن قد يغلـب حق الله أو حق الإنسان [١] .

حق الله تعالى : وهو ما قصد به التقرب إلى الله تعالى وتعظيمـه وإقامة شعائر دينه أو تحقيق النفع العام للعالم من غير اختصاص بأحد من الناس وينسب إلى الله تعالى لعظيم خطره وشمول نفعـه والمثـال على هذه العبادات المختلفة من الصلاة والصيام والحج والزكاة والجهاد والأمر بالمعروف والنهى عن المنكر والنذر فاليمن وتسمية الله عنـد الذبح وكل ذى بال ويدخل فيه أيضاً الكـف عـن الجـرائم وتطبيـق العقوبات من حدود (حد الزنا والقذف والسـرقة والحرابـة وشـرب المسكرات وتعزيرات على الجرائم المختلفة وصيانة المرافق العامة من انهار وطرقات ومساجد وغيرها .

وقد قسم الحنفية حقوق الله تعالى إلى ثمانية أقسام فقـال صـاحب البدائع وأحكام حق الله تعالى هى : ما لا يجوز اسقاطه بعفو أو صلح

---

[١] كشف الاسرار حـ ٣ صـ١٣٦ .

أو تنازل ولا يجوز تغييره فلا يسقط أحد السرقة بعفو المسروق منه أو صلحه مع السارق بعد بلوغ الأمر إلى الحاكم ولا يسقط حد الزنا بعفو الزوج أو غيره أو إباحة المرأة نفسها ولا يورث هذا الحق فلا يجب على الورثة ما فات مورثهم من عبادات إلا إذا أوص بإخراجها ولا يسأل الوارث عن جريمة المورث .

ويجرى التداخل فى عقوبة حقوق الله فمن زنا مراراً أو سرق مراراً ولم يعاقب فى كل مرة فيكتفى بعقوبة واحدة لأن المقصود من العقوبة هو الزجر أو الردع واستيفاء عقوبة هذه الجرائم للحاكم فهو الذى يؤدب على ترك العبادات أو التهاون بشأنها وهو الذى يقيم الحدود والتعزيزات على العصاه منعا من الفوضى وتيقنا من إثبات الجريمة حال وقوعها .

أما حقوق العبد : وهو ما يقصد به حماية مصالحة الشخصية سواء كان الحق عاما كالحفاظ على الصحة والأولاد والأموال وتحقيق الأمن وقمع الجريمة ورد العدوان والتمتع بالمرافق العامة للدولة أم كان الحق خاصا كرعاية حق المالك فى ملكة وحق البائع فى الثمن والمشترى فى المبيع وحق الشخصى فى بدل ماله المتلف ورد المال المغصوب وحق الزوجة فى النفقة على زوجها وحق الأم فى حضانة طفلها والأب فى الولاية على أولادة وحق الإنسان فى مزاولة العمل ونحو ذلك . وحكم هذا الحق أنه يجوز لصاحبه التنازل عنه وإسقاطه بالعفو أو الصلح أو

الابراء أو الاباحة ويجرى فيه التوارث ولا يقبل التداخل فتتكرر فيـــه العقوبة على كل جريمة على حده وإستيفاؤه منـــوط بصـــاحب الحـــق أو وليه .

أما الحق المشترك وهو الذى يجتمع فيه الحقـــان حـــق الله وحـــق الشخص لكن إما أن يغلب فيه حق الله تعالى أو حق الشخص مثال

الأول : عدة المطلقة فيها حق لله وهو صيانة الأنساب عن الاختلاط وفيها حق الشخص وهو المحافظة على نسب أولاده لكن حق الله غالب لأن فى صيانة الإنسان نفعا عاما للمجتمع وهو حماية مـــن الفوضـــى والانهيار ومثالة ايضا صيانة الإنسان حياته وعقله وصحته وماله فيها حقان لكن حق الله غالب العموم النفع العائد للمجتمع ومثالة عند الحنفية حد القذف " وهو ثمانون جلدة لمن يتهم غيره بالزنا " فيه حقـــان ..... حق للمقذوف بدفع العار عنه وإثبات شرفه وحصانته ..... وحـــق الله وهو صيانة اعراض الناس وإخلاء العالم من النساء والحـــق الثـــانى اغلب [1] .

---

(١) قال الشافعية والحنابلة وهو قول لمالك والأظهر عند ابن رشد حـــد القـــذف حد خالص للمقذوف لأن القذف جناية على عرض وعرضه حق فاعقاب حق وقال الاحناف : أن حد القذف حق للمحذوف وحق لله تعالى وحق الله غالب فتح القدير جــ ٤ صــ ١٩٤ البدائع جــ ٧ صــ ٥٦

وهو حق الله تعالى ولهذا الحقه بعض الفقهــاء بحــق الله تعــالى باعتباره انه هو الغالب .

الثانى ومثالة : حق القصاص الثابت لولى المقتول فيه حقان حــق الله وهو تطهير المجتمع من الجريمة والقتل وحق الشخص وهو شفاء غيظة وتطبيب نفسه بقتل القاتل وهذا الحق هــو الغالــب لأن مبنـــى القصاص على المماثلة لقوله تعالى " وكتبنا علــيهم فيهــا أن الــنفس بالنفس " والمماثلة ترجح حق الشخص وحكمة أنه يلحق بالقسم الثــانى وهو حق الإنسان فى جميع احكامه فيجوز لولى المقتول العفــو عــن القاتل والصلح معه على مال بل ندب الله تعالى إلى العفو والصلح فقال " فمن عفى له فيه أخيه شيء فأتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ذلك تخفيف من ربكم ورحمة " وقال الله عز وجل : " ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لولية سلطان فلا يسرف فى القتل أنه كان منصور " .

الحق الشخصى ينقسم ايضا إلى قسمين :

الأول : حقوق تقبل الاسقاط وحقوق لا تقبل الاسقاط وجميع الحقوق الشخصية تقبل الاسقاط بخلاف الحقوق العينية كحق القصاص وحــق الشفعة وحق الخيار وإسقاط الحق إمــا أن يكــون بعــوض أو بغيــر عوض .

وهناك حقوق لا تقبل الاسقاط على سبيل الاستثناء من الأصل العام ومنها :

أ – الحقوق التى لم تثبت بعد كإسقاط الزوجة حقها فى المبيت والنفعة المستقبلة وإسقاط المشترى حقه فى خيار الرؤية قبل الرؤية وإسقاط الوارث حقه فى الاعتراض على الوصية حال حياة الموصى وإسقاط الشفيع " الشريك أو الجار " حقه فى الشفعة قبل البيع لأن كل هذا لا يسقط لأن الحق نفسه لم يوجد بعد .

ب – الحقوق المعتبرة شرعا من الأوصاف الملازمة للشخصى كإسقاط الأب أو الجد حقهما فى الولاية على الصغير فإن الولاية وصف ذاتى لهما لا تسقط بإسقاطهما ومثلها ولاية الواقف على وقفة تثبت لـم سواء شرطها أو نفاها لأنها أثر ملكة .

حـ – الحقوق التى ترتب على إسقاطها تغير للأحكام الشرعية بإسقاط المطلق حق فى إرجاع زوجة وإسقاط الواهب حقه في الرجوع عن الهبة وإسقاط الموصى حقه فى الرجوع عن الوصية ومنها إســقاط مالك العين حقه فى ملكها إخراجها عن ملكه لا يقبـل الإسـقاط لأن المعنى فى إسقاط حقه فى ملكها إلى غير مالك فتكون سائبة لا مالك لها .

وقد نهى الشارع عن السائبة التى كانت فى الجاهلية لقوله تعالى "

ما جعل الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام " (١) .

د - الحقوق التى يتعلق بها حق الغير كإسقاط الأم حقها فى الحضـانة والمطلق حقه فى عدة مطلقته والمسروق منه حقه فى حد السـارق لأن هذه الحقوق مشتركة وإذا كان للإنسان ولاية على إسقاط حقـه فليس له ولاية على إسقاط حق الغير .

وهناك تقسيمات للحقوق الشخصية منها حقوق تورث وحقـوق لا تورث وهناك تقسيم باعتبار محل الحق ويقسم إلى الحقوق المالية وغير المالية والحق الشخصى والحق العينى وخصائص كل منها وينقسم إلى حقوق مجردة وغير الحقوق المجردة وكل هذا موجود فى كتب الفقـه شرحته ياسهاب وإفاضة .

ومن فروع هذه القاعدة وجوب القضاء على من افطر فى رمضان عمداً بجماع وهو رأى جمهور الفقهاء ونقل عن الأدزعى والشافعى فى أحد قوليه أن القضاء هنا داخل فى الكفارة فهى تجزئ عنـه والاليـق بالصواب هذا ما عليه الجمهور لأن القضاء حق تعلق بذمة المكلف من

---

(١) سورة المائدة الآية ١٠٣ . البحيرة الشاة التى تلرخمة أبطن خاسـها انثـى والسائبة الناقة التى تنسب لألهتهم فترعى حيث شاءت ولا يأخذ لبرنا إلا لضـيف ولا يحمل عليها والوصية الناقة التى تلد ذكرا ثم أنثى فيتولون أخافه فلم يـذبحوا الذكر لآلهتهم كما كان مقررا عندهم من ذبح الذكر وابقاء الانثى لهم والحام الفحل الذى يولد من ظهره عشرة أبطن تفسيرين كثير جـ ٢ صـ ١٠٧ وما بعدها

جهة افسادة للصوم والكفارة حق تعلق بذمته من جهة انتهاكة حرمـــة رمضان المعظم . إلا ترى أن عليه وكفارة بالعتق أو الإطعام .

لكان لزاما عليه أن يقضى يومه الذى أفسده فكان بـــذلك القضــاء والكفارة حقين مختلفين فوجب أدؤهما معا .

ومن فروعها أيضا أن المحرم إذا قتل صيدا مملوكا فعليـــة القيمـــة والجزاء معا لأن القيمة حق للأولى والجزاء حق الله تعالى فهما حقان مختلفان وجب ادؤهما معا ولا يصح أن يدخل أحدهما فى الآخر .

من متعلقات هذه القاعدة

" كل حق لم يسقط بتأخير الإقرار لم يسقط بتأخير الشهادة " .

ذلك أن الاقرار والشهادة هما من وسائل اثبات الحـــق فـــإذا اقـــر الشخص واعتراف بأن عليه حقا كان من حقوق الله أو من جقوق العباد – فإنه يؤخذ منه ولو كان اقراره متأخرا عن زمن ترتيب ذلك الحـــق فى ذمته ومثال ذلك الشهادة فإنها تثبت الحق ولو جاءت متأخرة عـــن وقت ترتيب هذا الحق .

ومن فروع هذه القاعدة أن من شهدت عليه البنية بالزنا أو القذف أو الشرب بعد مرة طويلة من مواقعه الفعل فعليه الحد [١] .

---

(١) انظر القواعد الفقهية من خلال كتاب الاشراف للقاضى عبد الوهاب البغدادى صـــ ٣٧٧٧.

ويؤكد ذلك عموم قوله تعالى : " ثم لم يأتوا بأربعة شهداء [1] وقوله تعالى : " فاستشهدوا عليهن أربعة منكم " [2] وذهب الحنفيـــة إلـــى أن تأخير الشهادة يسقط عنه الحد وأن إقراره يوجبة عليه ولو تأخر إلا فى شرب فإنه يسقطه عنه أيضا [3] .

ومن القواعد أيضا الملحقة بهذه القاعدة :

" اخذ الحق لا يتوقف إلا بدليل "

والمعنى أن من استحق شيئا فله استيفاؤه متى شاء إلا إذا دل نص على أن هذا الاستحقاق له وقت محدد فعلية حينئذ أن يطالـــب داخـــل الوقت المحدد بالنص فإنه خرج الوقت دون المطالبة فات ذلك الحق .

ومن فروع هذه القاعدة اختلافهم فى الشفعة هل هى على الفـــور أم على التراخى ؟ فمذهب الإمام مالك رحمه الله أنها على التراخـــى [4] ومذهب الأحناف والشافعية فى الأظهر عندهم أنها على الفور واحـــتج المالكية بقولهم الأصل أن كل من ثبت له حق فله اخذه وله تركـــة أى وقت شاء إلا أن يقوم دليل على تعلقه بوقت يفوت هذا الحق بخروجـــه واعتبار حق الشفعة مبينا على التراخى والمناسب لحكمة التشريع لأنها

---

[1] سورة النور الآية رقم ٤

[2] سورة النساء الآية ١٥

[3] المرجع السابق

[4] القواعد الفقهية من خلال كتاب الأشراف تحقيق د . محمد محمد الروكى .

شرعت ليرفع على الشريك " الشفيع " ما قد يلحقه من ضرر الشـــركة من قبل المشترى " الشريك الجديد " وقد لا يتأتى له الأخذ بالشفعة لـــو ألزمناه بها على الفور لذلك ناسب أن يعطى مهلة بتدبر أمـــر الشـــفعة ولكن هذه المهلة إذا طالت ولم تضبط بحد كانت ضررا أعلى المشترى والذى نراه أن الوقت يحدده العرف فى الفترة التى يمكن فيهـــا البيـــع والشراء فإن زادت فرأى الشافعية والأحناف ارجح لأن فى هذا ضرر على المشترى . وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : " لا ضرر ولا ضرار " وقد حدد المالكة التراضى بسنة تبتدئ من يوم علم الشفيع بالبيع [١] ولكن الراجح أن العرف هو الذى يحدد الوقت بداية ونهاية .

---

[١] انظر الاشراف حـــ ٢ صـــ ٤٩

المبحث الثالث

من القواعد الكبرى (التابع تابع)

معنى هذه القاعدة لغة وشرعا فى اللغة أولا : تبع تبعه متبعا وتباعتا ، مشى خلفه ومر به يمضى معه ، والتابع يكون واحداً وجمعا ويجمع على اتباع [1] . والأصل فى التابع أنه لا يوجد مستقلا بنفسه بل وجوده دائما يتوقف على وجود غيره وهو المتبوع قال سيبويه تبعت القوم تبعا وتباعة إذا مشيت خلفهم أو مروا بك فمضيت معهم [2] .

وقال ابن منظور فى لسان العرب تبع الشىء تبعا وتباعا فى الأفعال وتبعت الشىء تبوعا سرت فى آثره [3] .

وفى حديث الدعاء " اللهم تابع بيننا وبينهم على الخيرات " أى اجعلنا نتبعهم على ما هم عليه من الخير [4] .

أما مفهوم التابع شرعا : فإنه الشىء أو الأمر الذى جُعل تابعا لشىء آخر فى الوجود ولابد وأن يكون تابعا له فى الحكم من حيث الأصل والعزيمة ، ولا يصح أن يفرد له حكم شرعى مستقل به غير

---

[1] ترتيب القاموس المحيط على طريقة المصباح المنير وأساس البلاغة للأستاذ / الظاهر أحمد الزواوى جـ ١ ص ٣٥٦ .

[2] لسان العرب لابن منظور والمصباح المنير مادة تبع .

[3] لسان العرب مادة تبع

[4] النهاية فى غريب الحديث لابن الأثير جـ ١ ص ١٨٠

متبوع بل يسرى على التابع ما يسرى على متبوعـــة مـــن الأحكـــام الشرعية إيجابا وسلبا .

وهذه القاعدة يدخل فى صياغتها ويتفرع منها عدة قواعد :

الأولى : التابع لا ينفرد بالحكم .

الثانية : التابع يسقط بسقوط المتبوع .

الثالثة : التابع لا يتقدم على المتبوع .

الرابع : يغتفر فى التوابع ما لا يغتفر فى غيرها .

ومن فروع القاعدة الأولى لو أحيا شيئا له حريم بمعنى أن له حمى ملك الحريم فى الأصح تبعا فلو باع الحريم أى الحمى الذى التحق وتبع ملكه دون الملك لم يصح البيع ولا أثر له شرعا من حيث ما يترتـــب على البيع الصحيح من أحكام .

ومنها الحمل فإنه يدخل فى بيع الأم تبعا لها فلا يفرد بالبيع لأنه لا يمكن فصله وإفراده بالبيع والمقصود بالأم هنا الآمَـــة ولـــيس المـــرأة الحرة [1] .

منها ما يتولد فى الطعام المباح كدود الفاكهة والجبن وغيرها وقال الأطباء العدول لا يضر ولا تعافه النفس يجوز أكله مع الطعام تبعا لا منفردا ، فى الأصح وذلك لأن التابع تابع لمتبوعة ، فإذا أفـــرد الـــدود

(١) الأشباه والنظائر ص ١١٧ والمنثور للزركشى جـ١ ص ٢٣٤

عن من تولد منه ، لا يجوز أكله فى الأصح عند الفقهاء [1] .

ومن فروع القاعدة الثانية " التابع يسقط بسقوط المتبوع " ، من فاته صلاة مفروضة أيام مرضه بالجنون لا يستحب شرعا قضاء رواتبها ، لأن الفرض سقط فكذا تابعه لأن العبادات مبناها على الأثر ، والإتباع دون الابتداع ، ولم يثبت شرعا فعل ذلك بدليل نقلى فلهذا لا يستحب قضاء رواتب الفروض التى سقطت .

ومن فروع هذه القاعدة أيضا ، أن من فاته الحج فتحلل بالطواف والسعى والحلق لا يتحلل بالرمى والمبيت لأنها من توابع الوقوف ، وقد سقط فيسقط التابع والأساس فى ركن " الحج عرفة " [2] .

ومنفروع هذه القاعدة أنه لو امتنع فى الوضوء غسل الوجه لعذر شرعى بسبب علة به وما جاور الوجه وزاد عن محل الفرض الواجب غسله صحيح عند العلة ، ولا ضرر فى غسله بالماء لم يستجيب غسله للغرة أى قصدا لحصول الثواب أى ثواب الغرة ، وذلك لأن محل الغرة هنا لا يقصد لذاته بل هى تابعة ، وقد سقط المتبوع شرعا فسقط تابعه ولا يفرد بحكم وحدة هنا لأنه مع متبوعه ، ومنها لو مات الفارس سقط سهم الفرس لأنه تابع فإذا فات الأصل سقط ولو مات الفرس استحق الفارس سهم الفرس لأنه متبوع ، ومنها لو مات الغازى ففى

---

(1) المرجع السابق

(2) الأشباه والنظائر للسيوطى ص ١٨

قول لا يصرف لأولاده وزوجته من الديون لأن تبعيتهم زالت بموته والأصح خلافه ترغيبا فى الجهاد .

ومن فروع القاعدة الثالثة " التابع لا يتقدم على المتبوع " ومن الفروع المزارعة على ما يظهر من الأرض بين أشجار النخيل والعنب جائزة تبعا للمساقاة عليها الجائزة بالاتفاق وذلك عند الشافعية الذين يجوزون المزارعة على خلاف مذهب الجمهور ، ولأن المزارعة فى أرض المساقاة تابعة للمساقاة فيأخذ التابع حكم المتبوع عنا وهو الصحة ولكن بشروط [1] ، منها أن يقدم لحفظ المساقاة فلو قدم لفظ المزارعة فقال : زراعتك على البياض وساقيتك على النخل على كذا لم يصح لأن التابع لا يتقدم على المتبوع .

ومنها لو باع بشرط الرهن فقدم لفظ الرهن على البيع لم يصح . ومنها لا يصح تقدم المأموم على إمامه فى الموقف ولا فى تكبيرة الإحرام والسلام ولا فى سائر الأفعال فى وجه . ومنها لو كان بينه وبين الإمام شخص يحصل به الآصال ولو لا هو لم تصح قدوة لم يصح أن يحرم قبله لأنه تابع له كما أنه تابع لإمامه . ذكره القاضى حسين .

ومنها كما ذكر القاضى أيضا أنه لو حضر الجمعة من لا تنعقد به كالمسافر والعبد والمرأة لم يصح إحرامهم بها إلا بعد إحرام أربعين

---

[1] الأشباه والنظائر للسيوطى

من أهل الكمال لأنهم تبع لهم كما فى أهل الكمال مع الإمام .

مما يتفرع عن القاعدة " التابع تابع "

القاعدة الرابعة :

يغتفر فى التوابع ما لا يغتفر فى غيرها ومن فروع هذه القاعدة :

١- سجود التلاوة فى الصلاة يجوز الإتيان به على الراحلة تبعا للصلاة ، حيث تجوز على الراحلة ولأن التابع يتبع متبوعه فى الحكم لأنه تبعا له . وفى إفرادها بالقراءة فى غير الصلاة خلاف لفقهاء [1] .

٢- الماء المستعمل فى الحدث لا يستعمل فى الخبث وعكسه على الأصح .

٣- ومنها : الماء المستعمل فى الوضوء لا يستعمل فى الجنابة إتفاقا .

٤- ومنها : لا يثبت شوال إلا بشهادة اثنين قطعا ولو صاموا بشهادة واحد وكمل رمضان ثلاثين يوما ولم يروا الهلال افطروا فى الأصح لحصوله ضمنا وتبعا .

٥- ومنها : لا يثبت النسب بشهادة النساء فلو شهدنا بالوالدة على الفرش ثبت النسب تبعا .

٦- ومنها : البيع الضمنى يغتفر فيه ترك الإيجاب والقبول ولا يغتفر ذلك فى البيع .

---

[1] الأشباه والنظائر ص ١٢٠

٧- ومنها : لا يصح بيع الزرع الأخضر إلا بشرط القطع فن باعه مع الأرض جاز تبعا .

٨- ومنها لو وقف ماله على الفقراء ثم صار منهم استحق فى الأصح تبعا ، وإن كان الوقف على الواقف لا يصح شرعا لأنه تحصـــيل حاصل .

****

المبحث الرابع

قواعد فقهية كلية فى نظرية الضمان

الضمان يطلق ويراد فى اللغة : الالتزام والكفالة والتغريم ، ويطلق فى الشرع على كفالة النفس وكفالة المال وغرامة المتلفات بسبب الغضب وإحداث العيوب والمتغيرات الطارئة على مال الغير . ولأن أبواب الضمان لتعليقها بالأموال فى بيعها وإحرازها واستيداعها وغير ذلك مما هو زاخر فى كتب الفقه ، ولتعلق هذا الضمان بالأنفس من حيث حفظها وعدم التعدى عليها وغير ذلك مما هو مبسوط فى أبواب القصاص والجنايات .

والأصل فى مشروعية الضمان آيات وأحاديث :

فمن الآيات قوله تعالى: " وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ "[1] أى ضامن وقوله تعالى : " وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ " [2]

أما الاستشهاد من السنة على مشروعية الضمان ما رواه أنس بن مالك رضى الله عنه قال : أهدت بعض أزواج البنى صلى الله عليه وسلم " طعاما فى قصعة فضربت عائشة القصعة بيدها فألقت ما فيها فقال النبى صلى الله عليه وسلم " طعام بطعام وإناء بإناء " [3] .

---

(1) سورة يوسف الآية ٧٢

(2) سورة النحل الآية ١٢٦

(3) أخرجه الترمذى وصححه وهو بمعناه لسائر الجماعة إلا مسالما .

ومن الأدلة من السنة أيضا ما رواه سمرة بن جنـدب قـال : قـال رسول الله صلى الله عليه وسلم " على اليد ما أخذت حتى تؤدى " وفى رواية حتى تؤديه [1] .

وقد روى عن أنس بن مالك أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه : ضمنه وديعة كانت معه فسرقت أو ضاعت منه وقد فسر البيهقى ذلك بأنه ضمنا بتفريطه فيها [2].

ويشتمل هذا الباب على إحدى عشرة قاعدة :

١- الزعيم غارم ٢- إخراج بالضمان

٣- الغرم بالغنم ٤- الأجر والضمان لا يجتمعان

٥- الجواز الشرعى ينافى الضمان .

٦- إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر .

٧- المباشر ضامن والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمدا .

٨- جناية العجماء جبار . ٩- المؤتمن غير ضامن ما لم يفرط .

١٠- من تطبب ولا يعلم منه طب فهو ضامن .

١١- المسلمون تتلاقيا دماؤهم وهم يد على سواهم ويسـعى بـذمتهم أدناهم .

---

(١) رواه الأربعة

(٢) السنن الكبرى جـ ٦ ص ٢٩

أما عن القاعدة الأولى " الزعيم غارم "

ومعناها أن يلتزم الشخص بتحمل ما في ذمة غيـره مـن حقـوق الناس كأن يقول لمن له على آخر دين حلٌ أجله ولم يقض أنظره وأنا كفيل به .

وهذه القاعدة من جوامع كلمة صلى الله عليه وسلم فقد روى عن ابن عباس رضى الله عنه أن رجلا لزم غريما له بعشرة دنانير فقال : مـا أفارقك حتى تقضى أو تأتى بحميل فتحمل بها رسـول الله صـلى الله عليه وسلم ، وفى رواية فتحمل بها رسول الله ، فأتاه بهـا فقـال لـه رسول الله صلى الله عليه وسلم من أين أصبت هذا الذهب ؟ فقال مـن معدن فقال : لا حاجة لنا فيه ليس فيها خير " .. فقضاه عنه رسـول الله صلى الله عليه وسلم وقال الحميل غارم ... وقوله صلى الله عليه وسلم " لا حاجة لنا فيه " تفضل منه عليه فكأن يقول له وهبتهـا لـك فهى قليلة فلفظ الخير يطلق على الكثير فى الغالب لا على القليل ، كما هو معروف فى لغة العرب وقد تفضل عليه الرسول صلى الله عليـه وسلم أولا بكفالته ، وتفضل عليه أيضا بترك الدراهم له لينتفع بها .

وهناك حديث آخر رواه ابن ماجه فى سننه عن شرحبيل بن مسـلم الخولانى قال سمعت أبا إمامه البهلى يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : الزعيم غارم والدين مقضى [1] والزعيم هو الكفيـل

---

[1] الرواية الأولى ذكرها ابن الأثير فى جمع الأصول ، وقد روى الروايتين أبـو

والحميل والضامن والدين مقضى أى واجب القضاء على وجه الوفــاء فى الوقت المحدد له .

القاعدة الثانية : الخراج بالضامن :

خراج الشيء غله ومنفعته قال الزمخشرى كل ما خرج من شئ من منفعة فهو خراجه ، فخراج الشجرة ثمره ، وخراج الحيــوان ودره [١] وهذه القاعدة تتعلق برد البيع بعيب ، ومعناها أن المشترى له الحق فى أن يرد المبيع إذا وجد به عيبا لم يبينه البائع وذلك رغم استفادته منــه قبل علمه بالعيب ، لأنه لو تلف فى يده قبل رده لكان فى ضمانه هــو الذى أعطاه شرعية خراجه . وأصل هذه القاعدة حديث عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " الخراج بالضــمان " [٢] . وسبب ورود هذا الحديث ما روى عن عائشة رضى الله عنها أن رجلا أبتاع غلاما فأقام عنده ما شاء أن يقيم ثم وجد به عيبا فخاصمه إلــى النبى صلى الله عليه وسلم فرده عليه فقال الرجل يــا رســول الله قــد استغل غلامى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم " الخراج بالضمان " ولذلك قضى شريح رحمه الله بين الرجلين اللذين احتكما إليه فى مثل

داود فى حديث رقم ٣٣٢٨ فى البيوع باب استخراج المعادن ، وابن ماجه فــى الحديث رقم ٢٤٦ فى الصدقات باب الكفالة وهو حديث حسن .

(١) الفائق فى غريب الحديث جـ ١ ص ٣٦٥

(٢) رواه أبو داود والترمذى فى البيوع وغيرهما .

هذا بأن قال للمشترى رد الداء بدائه ولك الغلة بالضمان [1] .

وهذه القاعدة توضح صورة من صور العدل الإسلامى الذى حكم به رسول الله صلى الله عليه وسلم وتخرج على هذه القاعدة قولهم " الغرم بالغنم "

القاعدة الثالثة : الغرم بالغنم :

وهذه القاعدة من الضوابط التى توضع مقياسا للعدل وضابطا فقهيا فى أبواب الضمان والبيوع والإجارة والمضاربة وغيرها من أبواب المعاملات .

والغرم وهو نوع من المضرة والخسارة التى تلحق من له حق الانتفاع بالغنم وهو المنفعة أو الربح أو الحاصل من ملك شئ أو استئجاره أو العمل فيه وهو حكم العدل فى هذه القضية بمعنى أن من نال نفع شئ بالاستفادة منه يجب أن يتحمل ضرر هذا الشئ بقدر منفعته مثل أحد الشركاء فى المال أو الشركة كما أن له نصيب الربح من الشركة بقدر ما له تفعله فعليه فعله أن يتحمل من الخسارة بقدر ماله أيضا فالغرم بالغنم .

القاعدة الرابعة : الأجر والضمان لا يجتمعان :

ومعناها أن الأجرة لا تجب فى الحالة التى يجب فيها الضمان ومثال ذلك إذا استأجر الإنسان دابة وهلكت بلا تعد منه فإنه لا يضمن سوى

---

(٢) [1] النهاية فى غريب الحديث جـ ١ ص ٢٨٧

الأجرة ، أما إذا غصبها فهلكت فإنه يضمن قيمتها ولا أجرة عليه فقد كان مؤمنا على الدابة حين استأجرها وتسلمها من المؤجر والمؤتمن غير ضامن ما لم يفرط ، أما المغتصب فليس بمؤتمن ولا مؤجر لذلك لزمته قيمة ما أتلفه .

وضمان المتلف يكون بأحد أسباب ثلاثة كما قرر ذلك الإمام القرافى وهى :

١- التفويت المباشر لقتل الحيوان وإحراق الثوب وهدم الدار وأكل الطعام وغير ذلك من صور إتلاف المنقولات .

٢- التسبب للإتلاف كحفر الطريق العام التى يمر بها الحيوان ، وإيقاد النار من زرع الغير ، وإغراء الظالم بسلب مال الغير ، وتمزيق وثيقة تثبت حقا ماليا أو غيره ، وغير ذلك من تصور التسبب فى إتلاف ما الغير ، ويدخل هنا التفريط لأن المفرط فى الشىء متسبب فى إتلافه .

٣- وضع اليد سواء أكان ذلك بالاعتداء كالسرقة والغصب والاختلاس أو بغير إعتداء كقبض العين المبيعة والمرهونة والمقترضة وغير ذلك .

والتسبب عند الأحناف لا يوجب الضمان إلا إذا كان مصحوبا بالتعمد وعلى ذلك درجت مجلة الأحكام العدلية التى اعتمدت الفقه الحنفى فى معظم موادها .

القاعدة الخامسة : " الجواز الشرعى ينافى الضمان "

أى أنه إذا تصرف الشخص تصرفا يقره الشرع فنشأ عنه إتلاف مال لا يضمنه ولا يغرم ثمنه كمن حفر فى أرضه بئرا فوقع فيه حيوان لشخص لا يلزمه ثمنه ولا رد مثله لأن تصرف المرء بملكه غير مقيد بشرط السلامة .

ويتفرع من هذه القاعدة مسائل تتعلق بالإجارة والأمانة والهبة والشركة والوكالة ، وعلى سبيل المثال إذا أباح شخص لأخر أن يأكل من طعامه أو يشرب من مائه أو يلبس من ثيابه على سبيل الهبة لا يجوز للواهب أن يطالب الموهوب له بثمن ما أكله أو شربه أو بثمن الثوب الذى لبسه ولا يجوز له رد الثوب إذا بقى على حاله عند أكثر الفقهاء ، لقوله صلى الله عليه وسلم " لا يحل للرجل أن يعطى العطية فيرجع إلا الوالد فيما يعطى ولده ومثل الرجل يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب أكل حتى إذا شبع ثم قاء ثم رجع فى قيئه " [1]

ومن الأمثلة أيضا إذا سكن أحد من السكناء فى الدار المشتركة بينهم ثم احترقت لا يلزمه الضمان سواء سكن فيها بإذنهم أم بغير إذنهم .

القاعدة السادسة : إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر :

وهذه القاعدة تلحق بما قبلها وهى واضحة . ومعناها إذا اشترك

---

[1] رواه مسلم والنسائى وغيرهما

اثنان فى إتلاف شئ أحدهما يباشر الإتلاف بنفسه والآخر يكون متسببا فيه فيؤخذ الغرم من المباشر لا من المتسبب ؟

القاعدة السابعة : المباشر ضامن والمتسبب غير ضامن إلا إذا كان متعمدا :

ومعنى القاعدة أن من باشر إتلاف شئ بنفسه وجب عليه ضمان ما أتلفه إما بإصلاحه حتى يعود كما كان وإما بالإتيان بمثله ، وإما بدفع ثمنه سواء أخطأ فى الإتلاف أم تعمد بخلاف المتسبب فى الإتلاف فإنه لا يضمن إلا إذا كان متعمدا معتديا.

القاعدة الثامنة : جناية العجماء جبار :

وقد وردت هذه القاعدة بصيغة الحديث الشريف " العجماء جرحها جبار " [1] . وقد سماها كثير من الفقهاء ضابطا ولم يسميها قاعدة ، والجناية اسم لصورة الفعل الذى ينشأ منه التلف أو النقصان بالنفوس والأموال ، والعجماء البهيمة ، وجبار معناه لا ضمان فيه إلا بشرط ، أى أن الحيوان إذا أتلف شيئا أو تسبب بخسارة وضرر لأحد الناس فليس على صاحبه شئ من الضمان ما لم ينشأ ذلك عن تعد منه أو تقصير ، وهذا لا يتنافى مع حديث آخر رواه أبو داود عن البراء بن عازب رضى الله عنه : إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى على

---

[1] البخارى فى الديات

أهل الأموال حفظها بالنهار وعلى أهل الماشية حفظها بالليل [1] . لأن حديث البراء يقتضى فقط أنه يجب على المالك ضمان ما أتلفته البهيمة بالليل دون النهار لأنه كان واجبا على صاحبها ألا يسيب دابته فى الليل بل يحفظها ، أما جنايتها فى النهار سواء كانت على النفوس أم الأموال فيما فعلته من تلقاء نفسها فلا يتقرر عليها الضمان بناء علـــى حـــديث " العجماء جرحها جبار " الذى أصلت على أساسه هذه القاعـــدة إلا إذا كان معها الراكب أو السائق أو القائد وداست شيئا للغيـــر أو جرحـــت إنسانا ففى هذه الحالة يعتبر ضامنا .

القاعدة التاسعة : المؤتمن غير ضامن ما لم يفرط :

ومعنى القاعدة أن المؤتمن وهو من أشتهر بالأمانـــة بـــين النـــاس فاستودعوا أماناتهم وما يخشون عليه من الضياع أو التلف فهو غيـــر ضامن ، إذا ضاعت منه بعض الأمانات إلا إذا ثبت تفريطه فى حفظها أو إعارتها لغيره .

وقيل عليه الضمان فى كل حال سواء فرط أم لم يفرط ، ومن قـــال بذلك عطاء والشافعى وأحمد وأشهب كما ذكر القرطبى [2] ، اســـتدل الجمهور على قاعدة أن المؤتمن غير ضامن بما رواه الدارقطنى بسند ضعيف عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى صلى الله عليه

---

[1] انظر الحديث بتمامه فى عون المعبود شرح سنن أبى داود جـــ ٩ حديث ٤٨٣

[2] أنظر أحكام القرآن جـــ ٥ ص ٢٥٧

لم قال :

وسلم قال : " لا ضمان على مؤتمن " [1] . وهذا الحديث ما قضى به أبو بكر رضى الله عنه فى وديعة كانت فى جراب فضاعت من خرق الجراب أن لا ضمان فيها .

القاعدة العاشرة : من تطبب ولم يعلم منه طب فهو ضامن :

هذه القاعدة أصلها وأساسها الحديث الذى رواه أبو داود فى الديات باب فيمن " تطبب ولا يعلم منه طب " ، عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا قال أبو داود لم يروه إلا الوليد ، لا ندرى أصحيح هو أم لا ؟ يقصد به تدليس الوليد ابن مسلم عن ابن جريج فى رواية الدارقطنى جـ٢ ص ٢١٦ والحاكم جـ ٤ ص ٢١٢ وابن ماجه جـ ٢ ص ١١٤٨ ، وانتهى أحد علماء المسلمين إلى أن الحديث لا يقل عن درجة الحسن ، أفاد بذلك الدكتور محمد ضياء الأعظمى على هامش كتاب أقضيه الرسول صلى الله عليه وسلم لابن فرج المالكي [2] فهذه القاعدة بعد تخريج الحديث تبينا أن لها أصلا نبويا ، فمن أدعى أنه طبيب فقام بعلاج مريض فأهلكه أو زاد علته أو غير ذلك أو أتلف

---

[1] قال الحافظ فى إسناده ضعف وأخرجه الدارقطنى من طريق أخرى عنه بلفظ ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان وقال إنما يروى هذا عن شريح غير مرفوع قال الحافظ فى إسناده ضعيفان ، نيل الأوطار كتاب الوديعة والعارية .

[2] القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه أ . د محمد بكر إسماعيل جـ١ ص٢٢٠

عضوا من أعضائه فعليه الدية إذا لم يكن بالطب علم يؤهله لنوع المرض الذى يقوم بعلاجه أو كان متخصصا فى غير هذا المرض .

القاعدة الحادية عشر : المؤمنون تتكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم :

هذه القاعدة تتفرع إلى ثلاث قواعد أساسها وأصلها حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فعن قيس بن عباد رضى الله عنه قال : انطلقت أنا والأشطر إلى على بن أبى طالب فقلنا له ، هل عهد إليك رسول الله صلى الله عليه وسلم شيئا لم يعهده إلى الناس عامة ؟ قال : لا إلا ما فى هذا فأخرج كتاب من قراب سيفه فإذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم الحديث [1] وفى إحدى رواياته ألا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده من أحدث حدثا فعلى نفسه ومن أحدث حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين .

وهذه القواعد الثلاث تدل القاعدة الأولى منها أن المؤمنين سواسية كأسنان المشط فى الحقوق العامة وفى القصاص والديات وغير ذلك من الأمور التى تتحقق فيها المساواة بينهم فمن قتل مسلما عمدا قتل به دون أن ينظر إلى شرف القاتل ونسبه .

---

[1] رواه أبو داود رقم ٤٥٣ فى الديات والنسائى حـ٨ ص ١٩ فى القساعة باب القود بين الأحرار والمماليك فى النفس وهو حديث صحيح بشواهده .

وتدل هذه القاعدة دلالة قاطعة على أن المسلم لا يقتل بالكافر وقـد فصل المسألة الفقهاء وميزوا بين الكافر الحربى وهو الذى ليس بيننـا وبينه عهد ولا ذمة ، وبين الكافر الذمى الذى أعطيناه الأمان على نفسه وماله من اليهود والنصارى ، فقال الجمهور لا يقتل المسـلم بالكـافر الذمى واستدلوا بالحديث " ألا لا يقتل مؤمن بكافر "

ويرى أو حنيفة وابن أبى ليلى قتل المسلم بالكافر الذمى إذا توفرت فيه شروط العمد لقوله تعالى " وكتبنا عليهم فيها أن الـنفس بـالنفس " فهذا عام فى كل نفس سواء كانت مؤمنة أم كافرة واستدلوا أيضا بعموم قوله تعالى " وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُوماً فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَاناً فَلا يُسْرِفْ فِـي الْقَتْلِ " فإن هذه الآية انتظمت جميع المقتولين ظلما عبيـدا كـانوا أو أحرارا مسلمين أو ذميين ، وجعلت لوليـه سـلطانا وهـو القـود أى القصاص . واستدلوا بما روى البيهقى من حديث عبد الرحمن البيلمانى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل مسلما بمعاهد أى بكـافر بينـه وبين المسلمين عهد وقال " أنا أكرم من وفى بذمته " .

وقالوا فى أدلتهم على ما ذهبوا إليه : إن المسلم لو سرق من كـافر مالاً قطعت يده فكذلك لو استحل دمه قتل به لأن حرمة دمه أعظم من حرمة ماله .

والراجح فى هذه المسألة مذهب الجمهور لقوة أدلتهم وضعف أدلـة أبى حنيفة .

القاعدة الثانية :

وهى قوله صلى الله عليه وسلم " وهم يـد علـى سـواهم" تـدل بعمومها على أن المسلمين بعضهم أولياء بعض ، يجب على كل طائفة أن تقف مع الآخرين إذا اعتدى عليها عدد من غيـر المسـلمين كمـا قال جل شأنه فى سورة التوبة " وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَـاءُ بَعْض " [١] .

واليد فى الحديث معناها القوة أى وهم قوة باتحادهم وتعاونهم علـى عدوهم .

وتحت هذه القاعدة فروع كثيرة محلها كتب الفقه لكنها على كثرتها تدور حول وجوب موالاة المؤمنين بعضهم بعضا ، وحرمـة مـوالاة مؤمن لكافر ووجوب الجهاد على كل مكلف ندبه الإمام إليـه أو وقـع على بلده عدوان من قبل العدو .

والقاعدة الثالثة وهى قوله صلى الله عليه وسلم " ويسعى بـذمتهم أدناهم " تفيد بعمومها أن المسلمين كلهم متعاونون فى احترام العهـود والمواثيق وأن أدنى رجل منهم كأعلى رجل فى إعطاء عهـد الأمـان بشرط أن يكون عاقلا يعرف ما يترتب عليه هذا العهد من خطورة أو دفع ضرورة ، فإن أعطى رجل مسلم رجلا من الكفار عهدا على حفظ نفسه وماله وجب على المسلمين جميعا أن يوفوا له بذلك ، وهذا مـن

---

[١] سورة التوبة الآية رقم ٧١

كمال عدل الإسلام وسماحته وتقديره للمسـئولية والتبعيـة واحترامـه الشديد للعهود والمواثيق .

****

المبحث الخامس :

قواعد فقهية كلية فى نظرية العقد

لم ينهج علماء الإسلام طريقة فقهاء الغرب فى بحث نظرية العقد بحثا نظريا يخضع لنظرية عامة تقوم على الفلسفة النظرية ، وإنما تناول فقهاء المسلمين العقود من الناحية التطبيقية فعرفوا كل عقد على حده ، وشرحوا ما يتصل به من أدلة شرعية وحكمة أسراره فى معرفة منافعه ، وما يتصل به من الأركان والشروط ذلك أن الفقه الإسلامى نشأ فى ظل ما كان يحدث من القضايا الحياتية اليومية المتنوعة ، ونورد الآن فكرة عن العقد وحقيقته وأنواعه ثم نورد بعد ذلك القواعد المطبقة فى العقد .

تعريف العقد فى الإصلاح :

بأنه ربط بين كلامين أو ما يقوم مقامهما على وجه ينشأ عنه أثره الشرعى [1] . وقد قارن أستاذنا الدكتور عبد الرازق السنهورى بين التعريف الشرعى وبين التعريف القانونى للعقد الذى يقول بأنه توافق ارادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو إنهائه [2] .

وأركان العقد ثلاثة :

١- العاقدان　　　٢- المعقود عليه

---

[1] الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ص ٣٢٢

[2] نظرية العقد للدكتور عبد الرازق السنهورى ص ٧٩ وما بعدها

٣- والصيغة وتشمل الإيجاب والقبول وهما المعبران عـن رضـا العاقدين وإرادتهما فى إنشاء العقد .

وقد وردت فى العقد الكثير من القواعد الفقهية التى تـنظم جانـب العقود وأهم هذه القواعد :

١- العقد على الأعيان كالعقد على منافعها :

ومعنى هذه القاعدة أن الأعيان والمنافع اللذان ترتبا على عقد العقد لهما نفس الآثار والأحكام لا يختلف واحد منهما عن الأخر .

ومن فروع ذلك أن المتبايعين إذا اختلفا فى مقدار الثمن بعد العقـد وقبض المبيع فإن القول للمشترى مع يمينه لاحتمال تعذر الفسخ لفوات المبيع هذا هو الشأن فى العقد على المنافع " الايجارة " فإن المسـتأجر والأجير إذا اختلفا فى مقدار الأجرة بعد مدة الإيجارة يكون القول فيهما للأجير مع يمينه لتعذر الفسخ بفوات المنفعة .

٢- كل ما لم يمنع العقد على العين لم يمنع العقد على منفعته :

هذه القاعدة مكملة للتى قبلها ،ومن فروعها أن إيجارة المشاع جائزة لأن الشريك كما يجوز له أن يبيع نصيبه المشاع يجوز له أن يـؤجره وخالف فى ذلك أبو حنيفة فلم يجز ذلك إلا من الشريك لشريكه [1] .

٣- كل عقد جاز أن يكون على ألقسمة جاز أن يكون على الشياع

---

[1] إيثار الإنصاف ص ٣٣٤

وهى أيضا مكملة للقاعدة التى قبلها لأنها تضم بعض الفروع بعضها إلى بعض ، ومن فروعها صحة رهن المشاع وخالف فى ذلــك أبــو حنيفة فقال لا يصح ، وقال الإمام مالك يصح لعموم قولــه تعــالى : " فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ " [1] .

٤- العقود لا تثبت فى الذمم :

أى انه لا يجوز للعاقدين أن يتعاقدا بذممها مثال ذلك أن يقول الرجل لآخر أسلفك آلف درهم على أن تزوجنى ابنتك عليها فهــذه الشــركة ممنوعة عند المالكية .

٥- كل عقد فاسد مردود إلى صحيحه :

أى أن كل عقد فاسد بختلال شرط من شروطه أو ركن من أركانــه فإنه يفسخ بين العاقدين ويفصل بينهما كما لو كان ذلك العقد صحيحا ، ومن فروع هذه القاعدة شركة الذمم المتقدم ذكرها فإنها عقد فاسد ومن فروعها أيضا القراض الفاسد [2] ، فإنه يفسخ ويعطى للعامل قــراض المثل وقيل يفسخ القراض ويعطى للعامل أجره المثل ، قال القاضــى عبد الوهاب يستدل للقول الأول أن الأصول موضوعة على أن شــبهة

---

[1] سورة البقرة الآية ٢٨٣

[2] القراض نوع من الشركة وهو أن يشترك طرفان أحدهما بالمال والأخر بالعمل ويسمى القراض أيضا بالمضاربة . القواعد الفقهية من خلال كتاب الإشــراف للقاضى عبد الوهاب البغدادى ص ٣٥٧ .

كل عقد فاسد مردودة إلى صحيحه كالبيع والإيجارة والنكـــاح وغيـــر ذلك [1] .

٦- **الشرط الباطل لا يؤثر فى العقد :**

العقد إذا استجمع أركانه وشروطه كان صحيحا لازما ولا عبرة لما خرج عنه من الشروط الباطلة لأنها لاغية بالنسبة للشرع لقوله صـــلى الله عليه وسلم : المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالاً أو أحل حلالاًــ رواه الترمذى .

٧- **الإكراه يبطل العقد**

وقد تقدم الكلام عن الإكراه وآثاره فى إبطال العقود عند الكلام عن القاعدة الأولى وهى أن العبرة فى العقود إنما هى بالنيـــة ، والباعـــث والقصد من المكلف فإذا انتفى ذلك بالإكراه فلا لزوم للعقـــد غيـــر أن الأحناف يخالفون ذلك فى بعض الفروع وهى العتق واليمين والنكـــاح والطلاق والرجعة ، وقالوا إن الإكراه لا يبطل هذه العقود بـــل هـــى لازمة رغم أن كون عاقدها مكرها وتأولوا حديث " إن الله تجاوز لـــى عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " وعللوا ذلك كما قـــال الإمام أبو جعفر الطحاوى أن القوم كانوا حديث عهد بكفـــر فـــى دار كانت دار كفر فكان المشركون إذا قدروا علـــيهم اســـتكرهوهم علـــى

---

(١) كتاب الإشراف جــ٢ ص ٥٦

الإكراه بالكفر فيقرون ذلك بألسنتهم كما فعلوا بعمار بن ياسر رضى الله عنه وبغيره من أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فنزل فيهم قوله تعالى " إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ " [1] وأول حديث " إنما الأعمال بالنيات " بأن المراد بالأعمال فية ما يحصل بها الثواب لأن معنى الحديث عندهم إنما يثاب بالأعمال ما نواه صاحبه وقصد به التقرب إلى الله .

ونكتفى بذكر بعض هذه القواعد فى الفقه ثم نتكلم عن القواعد والضوابط التى وضعها الفقهاء فى أسباب الكسب والتملك وما يتصل بها اتصالا مباشر بأى وجه من وجوه الاتصال كالقرض والرهن والهبة والشفعة وهذه القواعد أوردها الأستاذ الدكتور محمد بكر إسماعيل وقال : أن هذه القاعدة والضوابط مقتبسة من الأحاديث النبوية نصا وروحا ووصل عدد هذه القواعد إلى اثنين وأربعين قاعدة تحت عنوان الباب العاشر " أسباب الكسب والتملك " ثم قسمها بعد ذلك إلى مجموعات يتعلق بعضها بأسباب الكسب وبعضها بما يسمى بالأحوال الشخصية وبعضها يتعلق بالإرث وتوزيع التركة وقال أن هذه القواعد تلقاها الفقهاء كما هى وعبروا عنها أحيانا بتعبيرات تجعلها من قبيل جوامع الكلم بقدر طاقتهم البشرية ، بحيث تندرج تحتها من الفروع ما

---

[1] شرح معانى الآثار للطحاوى ص ٩٥

يعد كالأجزاء منها فيقال للقاعدة أو للضابط كلية من كليات الشـــريعة يندرج تحتها ما جد وما يجد من شئون الحياة [1] .

ويجب قبل البدء فى شرح بعض القواعد الفقهية والضوابط أن نلفت النظر إلى ما قلناه سابقا بالفرق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهـــى . فالقاعدة لا تختص باب بخلاف الضابط فإنه يخـــتص ببـــاب معـــين ، وأيضا فإن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى ، والضابط يجمعها فى باب واحد هذا هو الأصل [2] .

وقال أيضا السيوطى فى كتبه الأشباه والنظائر فقال : القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى والضابط يجمع فروعا باب واحد [3] . وبعض الفقهاء لا يفرق بين القاعدة والضابط بل يخلط بينهما فى مصنفاته .

ثم نتكلم بعد ذلك عن بعض القواعد المتعلقة بالكسب وهى ضـــابط فقهى .

---

[1] القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه أ .د / محمد بكر إسماعيل ص ٢٢٥

[2] الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٩٢

[3] الأشباه والنظائر للسيوطى ص ٧

المبحث السادس :

البيعان بالخيار ما لم يتفرقا

هذه قاعدة نبوية جاءت فى الصحيحين حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن الروايات فيها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " المتباعيان بالخيار ما لم يتفرقا أو يقول أحدهما لصاحبه ٠٠ اختر " والبيعان هما البائع والمشترى وقوله بالخيار أى أن يختار كل واحد منهما إمضاء البيع أو فسخه ، والمراد فى الحديث خيار المجلس للمحترز ما لم يتفرقا ، وقد اختلف الفقهاء فى التفرق هل هو بالأبدان أم بالأقوال ، والفقهاء فى ذلك على خلاف كبير وأن كان الراجح أن التفرق يكون بالأبدان لكثرة الأدلة على ذلك . وقد أرجع بعض العلماء التفرق إلى العرف وهو ما تعارف عليه الناس فى مثل هذه الحالة ، وهذا التخيير يعطى فرصة لكل من البائع والمشترى لمراجعة الأمر حتى يرجح عنده إمضاء البيع أو فسخه .

ومن القواعد النبوية :

من أسلف فليسلف فى كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم :

هذه القاعدة النبوية مقتبسة من الحديث النبوى يذكره الفقهاء فى باب السلم ويسميه بعض الفقهاء بيع المحاويج وهو جائز شرعا ، وإن كان فيه شئ من الغرر ، رعاية لمصالح الناس وتوسعه عليهم فهو من المصالح التى تدعو الحاجة إلى الترخص فيها ، فصاحب الثمرة محتاج

إلى ثمنها قبل جنيها لينفق على نفسه وولده ، وصاحب المال محتـــاج إلى أن يشترى الثمرة فاستثنى هذا النوع من البيع من البيوع الممنوعة لهذه الحكمة . ودليل جواز السلم من الكتاب العزيز قوله تعالى " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ "[1].

ودليله من السنة ما رواه البخارى ومســلم والترمــذى وأبــو داود وغيرهم عن ابن عباس رضى الله عنه قال : قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم المدينة وهم يسلفون فى الثمر العام والعامين فقال لهم " من أسلف فى ثمر ففى كيل معلوم أو وزن معلوم إلى أجل معلــوم " وقــد ثبت الإجماع على ذلك .

ومنها أيضا القاعدة

كل ما جاز بيعه جاز رهنه ومن لا يجوز بيعه لا يجوز رهنه :

الرهن شرع ليستوثق من أعطى المال لغيره أن يستوفى الحق مــن ثمن هذا المرهون وهم أعظم ضمانا من الوثائق والشــهود ولكــن لا يجوز أن يرهن شيئا لا يصح بيعه كالأشياء النجسة أو الأشياء التى لا يصح تملكها كأدوات اللهو والأشياء التى ليس فــى مقــدور الــراهن تسليمها والرهن جائز فى السفر والحضر ، كما يفهم البعض من قوله

---

[1] سورة البقرة الآية ٢٨٢

تعالى : " وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِباً فَرِهَانٌ مَقْبُوضَـــةٌ " [1] .
والدليل على ذلك أن الرسول صلى الله عليه وسلم " اشترى من يهودى طعاما ورهنه درعا من حديد " وقد بين الرسول صلى الله عليه وســلم بفعله هذا أن الرهن جائز متى كانت الحاجة داعية إليه ، وانعقد إجماع الصحابة والتابعين على مشروعية الرهن في السفر والحضر ، وإنمــا نصت الآية على السفر دون الحضر لبيان الغالب لا لأن الســفر قيــد على صحة الرهن ، فالغالب أن الناس يفتقدون الكاتب الــذى يكتــب الوثائق أو بعض أدوات الكتابة ، أو كما هو الحال الآن بمــا يســمى بالإشهار أو التسجيل ونحو ذلك من الأعذار التى توجد فــى الحضــر والسفر .

وكل الشروط التى تشترط فى أهلية التصرف فى البائع والمشــترى تشترط أيضا فى الرهن ولذا يقولون كل من جاز بيعه جاز رهنه ، كما قالوا كل ما جاز بيعه جاز رهنه فهاتان قاعدتان أحدهما تحدد ما يجوز الرهن فيه والأخرى تحدد من يجوز له أن يبيع ويرهن .

ومن القواعد :

" الجهل بالتساوى كالعلم بالتفاضل "

وهذه القاعدة أصلها الحديث النبوى ما رواه مسلم والنســائى نهــى

---

[1] سورة البقرة الآية ٢٨٣

رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر .

جاء فى القاموس الصبرة بالضم ما جمع من الطعام بـلا كيـل ولا وزن والحديث فيه دليل على أنه لا يجـوز أن يبـاع جـنس بجنسـه وأحدهما مجهول المقدار لأن العلم بالتساوى مع الاتفاق فـى الجـنس شرط لا يجوز بدونه ، ولاشك أن الجهل بكلا البدلين أو بأحدهما فقـط مظنة الزيادة والنقصان وما كان مظنة للحرام وجب اجتنابه واجتنـاب هذه المظنة ، إنما يكون بكيل مكيل ووزن موزون فى كل واحد مـن البدلين .

ومن القواعد النبوية أيضا :

" من أحيا أرضا ميتة فهى له "

هذه القاعدة النبوية أساس لترغيب الناس فى توسعة الأرض وإحياء الموات حتى تتسع الرقعة الزراعية فيكون ذلك إسهاما فى نشر الرخاء وسد حاجة المسلمين من الأقوات الضرورية والكمالية .

والإحياء أن يتقدم شخص إلى أرض ليست مملوكة لأحد فيمهـدها للزرع ويحيها بالسقى ويملؤها بالغرث أو البناء فتصير بذلك ملكا له . والأصل فى هذا ما رواه الإمام أحمد وأبو داود والترمذى عن سعيد بن زيد قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم " من أحيا أرضا ميتـة

فهى له وليس لعرق ظالم حق " [1] .

وروى البخارى فى صحيحه واحمد فى مسنده عن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : " من عَمر أرضا ليست لأحد فهو أحق بها " وهذا الإحياء بتعمير الأرض بالزرع أو البنـــاء ســـبب لتمليك هذه الأرض ، وبه قال الجمهور وقال أبو حنيفة لابد مـــن إذن الإمام وفى عصرنا الذى نعيشه وواقعنا الذى نحياه لابد من إذن الإمام حتى لا يقع من أحيا أرضا فى موقف المساءلة وضياع جهده وحقه .

والقاعدة التالية مكملة لهذه القاعدة لأنها جزء من الحديث الذى جمع بين القاعدتين والقاعدة ى :

" ليس ' ق ظالم حق "

هذه القاعدة كما قلنا جزء من الحديث الذى اشـــتمل صـــوره علـــى تمليك من أحيا الأرض الميتة ، ولكن هناك أسس ينبغى مراعتها فـــى تحقيق العدل ودحر العدوان أيا كان نوعه ، ولهذا فإن مـــن اغتصـــب أرضا فزرع فيها أو غرس فيها غرسا أو حفر فيها بئرا أو بنى دارا لا يستحق مطلقا تملكها بالقيمة أو البقاء فيها بأجر المثل والدليل على ذلك أن البخارى رحمه الله ذكر الحديث تعليقا فى الحرث باب " من أحيـــا أرضا مواتا " فقال وقال عمر : من أحيا أرضا ميتة فهى له . ويروى

---

(1) مسند الإمام أحمد جـــ ٦ ص ٤٥

عن عمر وابن عوف عن النبى صلى الله عليه وسلم قال " فى غير حق مسلم . وليس لعرق ظالم فيه حق : انتهى [١] .

والعرق قد يكون ظاهرا وقد يكون باطنا ، فالباطن ما احتفره الرجل من الآبار واستخرجه من المعادن والظاهر ما بناه أو غرسه [٢] .

ومن القواعد

" العارية مؤداة "

وهذه القاعدة جزء من حديث نبوى شريف رواه أبو إمامه رضى الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول فى خطبة عام حجة الوداع " العارية مؤداة والزعيم غارم والدين مقضى " [٣]

ومعنى مؤداة مردودة إلى صاحبها كما أخذها ، فإن تلف شئ فعليه إصلاحه أو تعويض صاحبها عن هذا التلف وإن تلفت كلها فعليه الضمان ، بمقتضى هذا الحديث فرط أم لم يفرط حتى ولو هلكت بآفة سماوية ، هذا هو ما قاله الشافعية والحنابلة . واستدلوا بقول النبى صلى الله عليه وسلم فى حديث صفوان " بل عارية مضمونة " فقد استعار النبى صلى الله عليه وسلم يوم حنين دروعا فقال : أغصب يا

---

[١] صحيح البخارى جـ٣ ص ٧٠ المكتبة الإسلامية .

[٢] باب إحياء الموات ـ نيل الأوطار ـ إدارة البحوث العلمية بالمملكة العربية السعودية جـ ٦ ص ١٥ .

[٣] رواه الترمذى بسند حسن ـ ورواه أبو داود أيضا حـ٣ ص ٢٩٤

محمد قال بل عارية مضمونة ، وقال الحنفيــة والمالكيــة لا يضــمن المستعير العارية إن تلفت فى يده ولم يفرط فى حفظها ولم يســتعملها فى غير ما أذن فيه فإن استعملها فى غير ما أذن فيه يعتبر تعديا ، فإن فرط أو تعدى ضمن ، فجعلوا حكمها حكم الأمانة وجعلــوا المســتعير مؤتمنا والمؤتمن غير ضامن ما لم يفرط ، وقد استدلوا بقول رســول الله صلى الله عليه وسلم : " ليس على المستعير غير المغل ضمان" [1]

ومن القواعد النبوية :

" لا يحل مال أمرىء مسلم إلا بطيب نفسه "

هذه القاعدة النبوية هى أساس التراضى فى جميع المعاملات ، وهى ركن أساسى لا يجوز إهماله فى حركة التبادل بين الناس بيعا وشــراء وأخذ وعطاء ، فمن لم تطب نفسه عن شئ من ماله لم يجز لأحــد أن يأخذه منه قهرا أو استغلالا لحيائه أو غير ذلك إلا فى أمور اســتثناها كثير من الفقهاء على اختلاف مذاهبهم .

وهذه القاعدة رغم أن الحديث الذى ذكرها بنصها رواه الإمام أحمد والدراقطنى وغيرهم وفى طرقه ضعف ولكن كثرة الرواية كمــا قــال

---

[1] أخرجه الدارقطنى وفى إسناده عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حســان وقــال الدار قطنى عنهما ضعيفان .

الشوكانى يقوى بعضها بعضا [٢] . خاصة أن معنى الحديث صـــحيح وحجته قوية لكثرة ما جاء فى القرآن الكريم من آيات تؤيده وهى نص فى الموضوع كما فى قوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّـــذِينَ آمَنُـــوا لا تَـــأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَـــنْ تَـــرَاضٍ مِـــنْكُمْ " [١] . وصريح نص الآية أن أى مال لامرئ مسلم لا يجوز أخذه ولا أكله من غير أن تطيب به نفسه فإن أخذ بغير رضا النفس كان أكلا بالباطـــل ، وهذا صريح فى أحاديث كثيرة منها قوله صلى الله عليه وسلم : " إنما أموالكم ودماؤكم عليكم حرام " كما جاء فى خطبة الوداع . واســـتثنى من هذا العموم أشياء .

أ – أخذ الزكاة كرها ممن أبى أن يخرجها لمستحقيها .

ب- الشفعة لمن يستحقها بجبر عليها الشريك إذا طلبها شريكه وكذلك الجار منعا من وقوع الضرر[٢] .

جـ- وكذلك يؤخذ للمضطر والقريب المعسر والزوجة ما يكفيها مـــن طعام ممن تجب عليه نفقتهم .

د – الدين يؤخذ من المدين بغير رضاه إن حان أجل سداده .

---

[٢] انظر ما قاله الشوكانى فى نيل الأوطار جـ ٦ ص ٦٣

[١] سورة النساء الآية ٢٩

[٢] القواعد الفقهية بين الأصالة والتوجيه أ .د / محمد بكر إسماعيل ص ٢٨٨ ، ٢٨٩

المبحث السابع من القواعد التى اختصت بالميراث قاعدة : " لا وصية لوارث "

هذه القاعدة النبوية وردت فى الحديث " إن الله أعطى كل ذى حق حقه " فلا وصية لوارث .

وقد كانت الوصية للوالدين والأقربين بنص قوله تعالى " كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْراً الْوَصِيَّةُ لِلْوَالِدَيْنِ وَالأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقّاً عَلَى الْمُتَّقِينَ " [1] . ثم خصصت الوصية بهذا الحديث " لا وصية لوارث " وبآيات المواريث ، فلم تعد الوصية واجبة على إطلاقها للوالدين والأقربين ولكنها نسخت نسخا كاملا ، وبقى حكمها فقط للوالدين والأقربين الذين لا يستحقون الميراث ، كالأب الكافر والأم الكافرة والقريب المحجوب عن الميراث بسبب من الأسباب المشروعة .

واختلف الفقهاء فى الوصية للوارث هل هى باطلة أم هى متوقفة على إجازة الورثة ؟ قولان رجح الشوكانى القول بالبطلان وعلل ذلك بأن النفى إما أن يتوجه إلى الذات بمعنى لا وصية شرعية وإما إلى ما هو أقرب إلى الذات وهو الصحة ، ولا يصح أن يتوجه ها هنا إلى الكمال الذى هو أبعد المجازين [2] .

---

[1] سورة البقرة الآية ١٨٠

[2] نيل الأوطار جـ ٦ ص ١٥٢

والذى عليه الفقهاء الآن أن الوصية للوارث تتوقف علـــى إجـــارة الورثة لأنهم إذا أجازوها فكأنهم تركوا حقا لهم بطيب نفـــس فتكـــون تبرعا كالهبة من جهتهم لا من جهة الموصى يؤيد هـــذا حـــديث ابـــن عباس الذى رواه الدار قطنى وحسنه ابن حجر فى التلخيص وقال فى الفتح رجاله ثقات أن النبى صلى الله عليه وسلم قال " لا تجوز وصية لوارث إلا أن يشاء الورثة " .

ومن القواعد المنبثقة عن السنة النبوية القاعدة :

" كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه "

ومفهوم القاعدة أن المسلم له حرمته التى تجعله معصوم الـــدم فـــلا يحل دمه مطلقا بغير حق وهى التى حددها الحديث الذى حصرها فـــى ثلاث الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة .

وهذه القاعدة من دوحة النبوة الجامعة لكل خصال الخير والبر ينبثق من عبيرها وشذاها تقعيد القواعد واستنباط الأحكام ومعرفـــة الحـــلال والحرام بالقياس عليها والاستضاءة بنورها فهى من جوامع كلمة صلى الله عليه وسلم التى خصه الله بها .

وقد وردت هذه القاعدة فى كتاب البر من صحيح مسلم فعـــن أبـــى هريرة رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليـــه وســـلم لا تحاسدوا ولا تناجشوا [1] ولا تباغضوا ولا تدابروا ولا يبيـــع بعضـــكم

---

[1] التناجش هو المكر والخداع فى البيع وغيره وهو نوع من الخداع

على بيع بعض وكونوا عباد الله إخوانا المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يخذله ولا يحقره التقوى هاهنا ـ ويشير إلى صـــدره ثـــلاث مـــرات بحسب أمرؤ أن يحقر أخاه المسلم كل المسلم على المسلم حـــرام دمـــه وماله وعرضه [1] .

ولو تأملنا هذه القاعدة لوجدناها تدخل فى جميع أبواب الفقـــه فكـــل الحقوق تدور على ثلاثة أشيا حفاظا عليها وحماية لها وهـــى الـــنفس والمال والعرض ، ولهذا تعتبر هذه القاعدة مقياسا دقيقا لحفظ الحقـــوق كلها يحتكم إليه المسلمون فى استيفاء الحقوق وفى التعاون على البـــر والتقوى وفى الاحترام المتبادل بين المسلمين والبعد عـــن التبـــاغض والتحاسد وغير ذلك مما يعكر صفو الجماعة الإيمانية ، ويحدث الشقاق بين المسلمين وهذا للمحافظة على الأصل الأصيل فى قوله صـــلى الله عليه وسلم " مثل المسلمين فى توادهم وتراحمهم وتعاطفهم كمثل الجسد الواحد إذا اشتكى بعضه اشتكى كله "

ومن القواعد والضوابط التى تتعلق بالنكاح وآثاره من الطلاق وكل ما يتعلق بالحفاظ على كيان الأسرة وتماسكها هذه القاعدة التى نـــورد بعضا منها :

---

[1] حديث رقم ١٥٦٤ فى صحيح مسلم

القاعدة الأولى :

" النكاح لا يحتمل التعليق "

عقد النكاح سماه الله عز وجل الميثاق الغليظ فقال تعالى " وَأَخَذْنَ مِنْكُمْ مِيثَاقاً غَلِيظاً " . وقد احتاط الإسلام فى صيانة الأعراض وحفظ الأنساب ما لم يحتط فى غيره ، والنكاح عقد يبيح لكل من الزوجين الاستمتاع بالأخر فى حدود ما أباحه الشرع وله أركان منها لابد من عاقدين وصيغة تدل على الإيجاب والقبول ، تكون غاية فى الوضوح .

واشترط الفقهاء بأن تكون الصيغة بلفظ الماضى كأن يقول الرجل ولى المرأة للخاطب زوجتك ابنتى فلانة على المهر المسمى بيننا ولا تكون بلفظ المضارع بأن يقول أزوجك أو أنكحك فإن المضارع يحتمل أن يكون عقدا وأن يكون وعدا إلا أن تكون هناك قرينة تفيد تزويجه فى الحال بأن يقول للخاطب أزوجك الآن ابنتى فيقول الخاطب قبلت وكل هذه الاحترازات للحفاظ على صيانة الأعراض .

ومفهوم هذه القاعدة أن النكاح لا يجوز أن يتعلق بشرط يقع فى المستقبل أو لا يقع كأن يقول إن حضر ابنى الغائب زوجتك ابنتى فيقول الخاطب قبلت فهذا النكاح لا ينعقد به الزواج فى الحال ولا فى المستقبل .

القاعدة الثانية :

" أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل "

وهذه القاعدة تجعل الأساس فى نكاح المرأة إذن وليها بشرط رضاء المرأة وهذا فيه تكريم للمرأة وحفاظا على حياتها وضمانا لحقها وصيانة لعرضها .

والأصل فى هذه القاعدة . روى الترمذى فى جامعه عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال " أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل .. فنكاحها باطل .. فنكاحها باطل فإن دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها فإن اشتجروا فالسلطان ولى من لا ولى له .

وقد اختلف الفقهاء فى صحة النكاح بغير ولى فالجمهور يرى أن الولى شرط فى صحة النكاح وأن المرأة لا تملك أن تزوج نفسها ولا غيرها وليس لها أن توكل غيرها فى تزويجها فإن فعلت لم يصح النكاح [1] . وقد قال ابن قدامه روى هذا عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس وأبى هريرة وعائشة رضى الله عنهم ، وإليه ذهب سعيد بن المسيب والحسن وعمر بن عبد العزيز وجابر بن زيد والثورى وابن أبى ليلى وابن شبرمه وابن المبارك وعبد الله العنبرى والشافعى

---

(١) المغنى لابن قدامه جـ ٦ ص ٤٤٩

واسحاق وأبو عبيد وروى أيضا عن ابن سيرين والقاسم بـن محمـد والحسن بن صالح وأبى صالح وابى يوسف " لا يجوز لها ذلك بغيـر إذن الولى فإن فعلت ذلك كان موقوفا على إجازة الولى .

وقال أبو حنيفة لها أن تزوج نفسها أو غيرها وتوكل فى النكـاح . وجاء عن الإمام مالك روايات منها أن الولى شرط لا يصح النكاح إلا به ، والرواية الثانية تقول أنه شرط فـى الشـريفة دون الوضـيعة ، ورواية ثالثة تقول إنه سنة وليس بشرط صحة [1] .

وقد أجنح كل فريق إلى ما ذهب إليه فاجنح الشافعية والحنابلة وكثير من فقهاء المالكية على وجوب اشتراط الولى فى صحة العقـد بقولـه تعالى : " وَإِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَاضَوْا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ " [2] وقالوا أن الخطاب فى ألاية موجه للأولياء فلو لم يكن لهم حق فى العقد بالموافقـة أو المنـع مـا خوطبوا بهذا ، وكان للمرأة الحق أن تعود لزوجها الذى طلقها ورغب فى نكاحها بعد انقضاء عدتها من غير رجوع إلى وليها والمعروف أن هذه الآية نزلت فى معقل بن يسار وقد زوج أخته لابن عم له فطلقهـا ثم جاء يخطبها بعد أن انقضت عدتها فرضيت به ولكن أخاها معقـلا أبى عليه ذلك واحتجوا أيضا بقوله تعالى : " وَلا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ

---

[1] بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد جـ ٢ ص ٨ .

[2] سورة البقرة الآية ٢٣٢

حَتَّى يُؤْمِنَ " [٣] ، والملاحظ أن الخطاب للأولياء وليس للنساء مع الاحتجاج بالحديث المذكور وهو نص الموضوع .

أما حجة القائلين بأن الولاية ليست شرطا فى صحة العقد من ولى الزوجة فقد احتجوا بقوله تعالى " وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْراً فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ " [١] فقوله تعالى فلا جناح عليهن .. الخ الآية يبيح لهن تزويج أنفسهن بلا ولى .. وقد أضاف الله سبحانه وتعالى فى غير ما موضع كقوله تعالى " حَتَّى تَنْكِحَ زَوْجاً غَيْرَهُ " واحتجوا بحديث ابن عباس المتفق على صحته وهى قوله عليه الصلاة والسلام " الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر فى نفسها وآذنها صمتها " .. وقد ناقش كثير من الفقهاء منهم ابن قدامه وابن رشد فى بداية المجتهد والذى رجحوه ويؤيدهم كثير من العلماء ونحن معهم أن المرأة لا يجوز لها أن تزوج نفسها لقوة الأدلة فى ضرورة فى أن يقوم وليها بتزويجها لأن فى تزويجها لنفسها بغير وليها أو بغير إذنه تعديا على حقوق الأولياء الذين يقومون بصون عرضها والحرص على مصالحها . وواقعنا الذى نعيشه وحاضرنا الذى نحياه يجعلنا نؤكد أن الالتزام بضرورة أخذ الحديث الذى هو أساس لهذه القاعدة مأخذ الجد

---

[٣] سورة البقرة الآية ٢٢١

[١] سورة البقرة آية ٢٣٤

بمعنى أنه لا يجوز للمرأة أن تقوم بتزويج نفسها لأنها قد تحكم عاطفتها وغرائزها ورغائبها فلا تنظر إلى الكفاءة من الزوج من كثيـر مـن النواحى خاصة مقياس الدين الذى قال فيه الرسول " إذا جـاءكم مـن ترضون دينه وخلقه فزوجوه إلا تفعلوا تكن فتنة فـى الأرض وفسـاد كبير " فحين ترك عقد النكاح تتولاه النساء باسـم العقـد العرفـى أو المسيار أو غيره كان الفساد الكبير والظلم العظيم الذى وقع على المرأة ممن يعاشروها وينكرن العقد عليها وينفى النسب منها .

القاعدة الثالثة من القواعد والضوابط التى تتعلق بأحكام الأسرة

قاعدة : " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل "

هذه القاعدة من جوامع كلمة صلى الله عليه وسلم حيث قـال عليـه الصلاة والسلام " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط [1] " أى أن العقد الذى اشتمل على أى شرط باطل مخالف لكتاب الله تعالى أو سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم فالعقد باطل .

وقد فصل الفقهاء فى بيان الشروط الصحيحة والشروط الفاسـدة ، فالشروط الصحيحة هى التى يجب الوفاء بها وهى كل الشروط التـى جعلها الله من أسس وأركان العقد الصحيح من حسن العشرة والنفقـة عليها بالمعروف وأن يعطيها مهرها كاملا وأن تطيعه ما أطاع الله وإن

---

[1] رواه البخارى ومسلم

تحفظه فى ماله وعرضه وغير ذلك مما هو واجب عليهـا بمقتضـى الشرع ، فهذه الشروط فى الحقيقة ليست إلا توكيدا لما فى كتـاب الله وسنة رسوله وهى أساس للعقد . روى الجماعة عن عقبة بـن عـامر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليـه وسـلم " أحـق الشروط بالوفاء ما استحللتم به الفروج "

أما الشروط الفاسدة أو الباطلة أن يشترط عليها ما ينافى عقد النكاح كأن يشترط عليها ألا يجامعها أو اشترط أن تنفق عليه أو اشترطت هى عليه أن يطلق امرأته الأخرى أو غير ذلك مما يخالف ما أمر الله به ، فهذه الشروط باطلة ولو كانت مائة شرط فهذه بعض الشـروط التـى تتنافى كلية مع عقد الزواج والتى ذكرها الحديث ثلاث مـرات بأنهـا باطلة . أما الشروط التى اختلف فيها الفقهاء بين موافق لها ورافـض لها ذلك أن الأدلة المجوزة والمانعة تقتضى ترجيح رأى على رأى أو دليل على دليل ومن هذه الشروط مثل :

أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها . أو اشـترطت أن تبقى فى منزل أبويها ، أو اشترطت ألا تسافر معه ونحو ذلـك مـن الشروط التى تراها المرأة فى صالحها ولم يأمر الله بها ولم ينهى عنها فالحنابلة وكثير من الفقهاء أنه يجب الوفـاء بمثـل هـذه الشـروط ، واستدلوا بقوله تعالى : " يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُـوا أَوْفُـوا بِـالْعُقُودِ " [1] .

[1] سورة المائدة الآية رقم ٢

واستدلوا أيضا من السنة بقول الرسول " أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج ".

استدلوا أيضا بما رواه الأشرم بإسناده أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها دارها ثم أراد نقلها فخاصموه إلى عمر بن الخطاب فقال " لها شرطها " مقاطع الحقوق عند الشروط " .

أما أصحاب المذهب الثانى الشافعية والأحناف فقد استدلوا بما يأتى: بالحديث " المسلمون على شروطهم لا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا " ، فاقلوا : إن هذه الشروط تحرم الحلال فإن للرجل أن يسافر مع زوجته وأن ينتقل إلى بيته وأن يتزوج عليها إلى غير ذلك من الأمور المباحة شرعا . واستدلوا بقوله صلى الله عليه وسلم : " كل شرط ليس فى كتاب الله فهو باطل و'ن كان مائة شرط " .

وقالوا إن ما شرطته المرأة ليس فى كتاب الله عز وجل وأن الشرع لا يقتضيه ولهذا اعتبرنا أن هذه الشروط التى تحرم الحلال باطلة .

وبعد الموازنة والمقارنة والمناقشة نجد أن القول الأول الذى قال به الحنابلة أنه الأولى بالترجيح لقوة أدلته فلو أن الرجل رفض قبول هذه الشروط أو بعضها لكان ذلك مانعا من إتمام هذا الزواج ، أما أنه قبل الشروط فقد استحل فرج هذه المرأة ، والحديث نص فى الموضوع وهو من الأحاديث المجمع عليها بين البخارى ومسلم ، وقضى به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه خاصة أن هذه الشروط أو

بعضها لا يحل حراما ، لكنه يمنع مباحا رضى به الزوج فتم العقـد .
وعليه فإن الرجل عليه الوفاء بما اشترطته المرأة فى العقد .

القاعدة الرابعة :

" أبغض الحلال إلى الله الطلاق "

وأصل هذه القاعدة حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم (ما أحل الله إليه شيئا أبغض إليه من الطلاق) [1] ، وهذا الحديث وإن كان يدل على أن الأصل فى الطلاق الإباحة لكن الطلاق أمر يبغضه الله سبحانه وتعالى دون سائر المباحات وأن كان الفقهاء قد قالوا بـأن مشـروعية الطلاق تبين أنه لا يكون حلالا خاليا من المؤاخذة بأن يطلق الرجـل امرأته من غير سبب يدعو إلى ذلك من كراهة ونفور أو سوء عشرة ، فإن الطلاق بلا سبب يكون إيذاء للمرأة بغير حق وذلك منهـى عنـه شرعا لكنه إذا طلق من غير سبب فإن الطلاق يقع مع كونه محظـورا والطلاق يكون مباحا وهذا المباح تختلف درجات حله علـى حسـب تفاوت أسبابه قوة وضعفا فيكون مباحا إباحة مجردة له فيها الخيار بين الفعل والترك ، وذلك إذا كان السبب ضعيفا لا يرجع إلى سوء خلـق الزوجة أو تدينها بل مرجعه إلى النفور الطبيعى الذى لا دخل لها فيه.

---

[1] هذا الحديث أخرجه أبو داود جـ٢ ص ٦٣١ من حديث محـارب بـن دثـار مرسلا كما رجح غير واحد من العلماء إرساله كما فى تلخيص الحبير جـــ ٣ ص ٢٠٥

وقد يكون الطلاق مستحبا شرعا إذا كان سببه سوء أخلاق الزوجــة وطباعها وإيذائها لزوجها أو للجيران بالقول أو بالفعل وما يشبه ذلك . وقد يكون واجبا إذا كان السبب يرجع إلى عيب فى الرجل لا ترضــى به المرأة مما يفوت به الانتفاع بثمرات الزوج أو يرجــع إلــى ســوء سلوك الزوجة وما إلى ذلك من الأسباب القوية .

وهذه هى صفة الطلاق الشرعية وحكمة الثابت لــه مــن الإباحــة والحظر وقد تنوع بها الطلاق إلى هذه الأنواع من جهة اعتماده علــى سبب وخلوه من السبب .

وقد يلاحظ الطلاق من جهة وقته وطريقة إيقاعه وعــدده فيتنــوع بحسب ذلك أيضا إلى مباح ومحظور يعبــر عنهــا الفقهــاء بالســنى والبدعى وكل هذا درجات فى الطلاق تدعو إلى التمسك بها والأناة فى توقيعها ، فيجب فى الطلاق السنى أن ينهج الإنسان فيه الطريق الــذى أمر به الشارع وسنة رسول الله صلى الله عليه وســلم أمــا الطــلاق البدعى هو المخالف لسنة النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد ذهب فريق إلى عدم وقوع طلاق البدعة وهم ابن تيميــه وابــن القــيم والشــيعة الأمامية .

القاعدة الخامسة :

" لا طلاق في إغلاق "

هذه القاعدة وردت فى البخارى فقال باب الطلاق فى الإغلاق والمكره والسكران والمجنون ... الخ ، والأصل فى هذه القاعدة روى أحمد عن عائشة رضى الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : " لا طلاق ولا عتاقة فى إغلاق " .. رواه الحاكم وصححه .

والإغلاق له معان متعددة قيل أن الإغلاق هو الغضب الشديد ، قال أبو داود الغلاق أظنه الغضب٢٧٢وترجم على الحديث " الطلاق على غيظ [(١)] .

وقيل أن الإغلاق الإكراه لأن المكره يغلق عليه فى أمره ويضيق عليه حتى يطلق .. وقيل أن المراد من الإغلاق أن يطلق ثلاث فى لفظ واحد فلا يبقى منه شئ فيكون بذلك قد أغلق على نفسه باب الرجعة ، ولكن إذا أراد أن يطلق فليطلق طلاق السنة . وقد رجح ابن القيم فى إغاثة اللهفان فى طلاق الغضبان أن الإغلاق هو الغضب الشديد وقسمه إلى ثلاث أقسام أحدهما أن يحصل له مبادئ الغضب بحيث لا يتغير عقله ويعلم ما يقول ويقصده وهذا لا إشكال فيه فطلاق

---

(١) عمدة القارئ جـ ٧ ص ٣٠

هذا واقع . الثانى أن يبلغ النهاية فلا يعلم ما يقول ولا ما يريده فهذا لا ريب لا ينفذ شئ من أقواله فطلاقه ليس بواقع . والثالث أن يتوسط بين المرتبتين وهذا محل النظر أى محل الخلاف بين الفقهاء .

ولهذا علق ابن القيم فقال إن الفقهاء اتفقوا على أن المدهوش الذى لا يدرى ما يقول لا يقع طلاقه لأنه فى حكم المجنون ، والذى يطلق فـــى حالة يدرى فيها ما يقول يقع الطلاق . أما إذا كان فى غضب متوســـط فإننا ننظر هل هو إلى الشديد اقرب أم إلى الهين أقرب ، فنلحق الأول بالمدهش ونحكم بعدم طلاقه ونلحق الثانى بالعاقل المختار الذى يقصد الطلاق ويتلفظ به ويعرف ما يترتب عليه ، والأصل فى تقريـــر هـــذه الأحكام قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " أن الله وضع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه " [1] .

والإغلاق سواء قلنا أنه الإكراه الشديد أو الغضب الشديد فـــإن الحـــديث يتناول الأمرين معا ، فالغضب يكره المرء على ارتكاب ما لا تحمد عواقبه وهو حالة من الاضطراب العصبى وعدم التوازن الفكرى الذى قـــد يصـــل بصاحبه إلى الجنون ، أما الغضب الذى يكون أقل فى المرتبة وأن الإنسان سليم الطبع يعرف ما يقول ولا يدفعه غضبه إلى ارتكاب مالا تحمد عقباه أو التلفظ بكلمة لا يعرف لها معنى فهذا مسئول عن كل أقواله وطلاقه يقع .

---

[1] الحديث رواه ابن ماجه بلفظه والحاكم من حديث ابن عباس وصـــحح إســـناده ووافقه الذهبى .

الخاتمة :

فى مفهوم القاعدة وأصولها الشرعية

لقد خلق الله عز وجل الإنسان وميزه بالعقل فكـان كيانـاً متميـزاً صالحاً لتقبل الخير أو الشر والصلاح أو الاعوجاج ، ويتوقف نـزوع النفس البشرية إلى الخير أو الشر على تزكية العبد لنفسه التى جعلهـا الله محلا للتكليف قال تعالى " وَنَفْسٍ وَمَا سَوَّاهَا ، فَأَلْهَمَهَـا فُجُورَهَـا وَتَقْوَاهَا ، قَدْ أَفْلَحَ مَنْ زَكَّاهَا ، وَقَدْ خَابَ مَنْ دَسَّاهَا " [1] .

فالعبد إما أن يزكى نفسه ويطهرها وينقيها من شوائب الفساد ويقى نفسه الشقاء فى الدنيا والآخرة ، وأما أن يبعدها عن كل مصدر يـأتى منه الخير له ولنفسه فيورد نفسه موارد الهلاك ، ونظرة الإسلام إلـى الإنسان تختلف عن نظرة المناهج الفكرية والفلسفات الأرضية ، فنظرة الإسلام للإنسان شاملة لا تقتصر على النواحى الماديـة مـن مأكـل ومشرب ونكاح وغير ذلك مما يشترك فيه الإنسان مـع غيـره مـن الكائنات ، فهذه نظرة النظريات المادية والفلسـفات الإنسـانية ، أمـا الإسلام فينظر للإنسان باعتباره كياناً مكوناً من الجسد والروح كلاهما يحتاج للتقويم والإصلاح ، وكلاهما له متطلباته التـى لا يسـتطيع أن يحيا بدونها ، وكلاهما يؤثر فى الأخر ويتأثر به بل إن أحـدهما قـد

---

[1] سورة الشمس الآيات ٧ ـ ١٠

يكون سببا لهلاك الأخر ، والإسلام العظيم تناول متطلبات الإنسان بكل ما يحتاجه من الأمور المادية وضرورة تحقيقها باعتبارها قوام الحياة وبنفس القوة تحدث عن النفس البشرية وإصلاحها وتقويمها باعتبارها إن صلحت الدرع الذى يحمى الإنسان من أن يدمر نفسه ، وهذا التدمير يكون أشد إيلاما وأعظم هلاكاً حيث يكون بين الإنسان وأخيه الإنسان ، ثم يمتد فيكون بين الدول ، ولهذا وضع الله عز وجل القانون السماوى والتشريع الربانى لينعم الإنسان بظلاله الوارفة وعدله الكامل ورحمته التى عمت كل الكائنات ، والتاريخ خير شاهد حين طبق التشريع الإسلامى فى حقبة من الزمن فكانت حضارات وأمجاد لم تعرف البشرية خير منها .

والتشريع الإسلامى تناول كل أمور الحياة وحاجات الأفراد والدول وما ينشأ بينهما من المعاملات وما يتولد عن هذه المعاملات من الخلافات ولأن الله عز وجل هو الخالق ، فهو أعلم بالإنسان ويعرف ما يضره وما ينفعه ، وفقهاء الإسلام يقولون بحق إن الحاكم والمنشئ والموجه للأحكام هو الله تعالى وأن المحكوم عليهم إنما هم العباد وأن المحكوم به إنما هو أفعال العباد وتصرفاتهم فى هذه الحياة ولأن الهدف والمقصد معرفة الحكم الشرعى الذى تركز عليه القاعدة وتهدف إلى تحقيقه فقد عرف علماء الأصول الحكم الشرعى " بأنه خطاب الله تعالى المتعلق بأفعال المكلفين على سبيل الاقتضاء أو التخير أو الوضع

ومعنى الحكم فى اللغة : هو المنع ، ومنه قيل للقضاء حكم ومن الحكم بمعنى المنع : حكمة اللجام وهى ما أحاط بحنكى الدابة .. والحكم فى الاصطلاح هو إثبات أمر لأمر أو نفيه عنه وهو ينقسم إلى ثلاثة أقسام :

١- حكم عقلى وهو ما يعرف فيه العقل النسبة إيجابا أو سلبا نحو الكل أكبر من الجزء إيجابا ــ والجزء ليس أكبر من الكل سلبا .

٢- حكم عادى وهو ما عرفت فيه النسبة بالعادة ذلك أن تشخيص الداء ووصف الدواء كل هذا عرف بعد عدة تجارب .

٣- حكم شرعى : وهو الذى عرفناه سابقا وقلنا بأنه خطاب الله .. الخ فخرج بقول خطاب الله خطاب غيره لأنه لا حكم شرعى إلا لله وحده جلا وعلا فكل تشريع من غيره باطل . قال تعالى " إِنِ الْحُكْمُ إلا لِلَّهِ " [١] وقوله تعالى " "وَمَا اخْتَلَفْتُمْ فِيهِ مِنْ شَيْءٍ فَحُكْمُهُ إِلَى اللَّهِ " [٢] وقوله سبحانه " فَإِنْ تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ "[٣] وخرج بقوله " المتعلق بالمكلف " ما تعلق بذات الله تعالى نحو لا إله إلا الله " وما تعلق بفعله نحو قوله تعالى " خَالِقُ كُلِّ

---

[١] سورة الأنعام أية رقم ٥٧

[٢] سورة الشورى أية رقم ١٠

[٣] سورة النساء آية رقم ٥٩

شَيْءٍ " [1] ، وما يتعلق بذوات المكلفين نحو قولــه تعــالى " وَلَقَـدْ خَلَقْنَاكُمْ ثُمَّ صَوَّرْنَاكُمْ " [2] وما يتعلق بالجمادات نحو قولــه تعــالى " وَيَوْمَ نُسَيِّرُ الْجِبَالَ وَتَرَى الْأَرْضَ بَارِزَةً " [3] وخرج بقولــه " مــن حيث أنه مكلف " خطاب الله تعالى المتعلق بفعل المكلف لا من حيث أنه مكلف به كقوله تعالى "يَعْلَمُونَ مَا تَفْعَلُونَ" [4] فإنه خطاب من الله بفعل المكلف من حيث أن الحفظة يعلمونه لا من حيث أنه مكلف به.

والحكم الشرعى قسمان :

أولهما : تكليفى وهو خمسة أقسام (الواجب والمنــدوب والمبــاح والمكروه والحرام)

والثانى : خطاب الوضع وهو أربعة أقســام (العلــل والأســباب والشروط والموانع) وأدخل بعضهم فيه الصحة والفســاد والرخصــة والعزيمة وبعضهم يجعل الصحة والفساد من خطاب التكليــف وإليــك تفصيل الأحكام الشرعية :

التكليف لغة : هو إلزام ما فيه كلفة ٠٠ أى مشقة .

الواجب : وقد عرف بأنه ما أمر به أمراً جازما وضابطه أن فاعله

---

[1] سورة الأنعام الآية رقم ١٠٢

[2] سورة الأعراف الآية رقم ١١

[3] سورة الكهف الآية رقم ٤٧

[4] سورة الانفطار الآية رقم ١٣

موعود بالثواب وتاركه متوعد بالعقاب .

وحاصل كلام الفقهاء أن الفرض هو الواجب على أحد الروايتين وهو قول الإمام الشافعى والإمام مالك وعلى الرواية الأخرى الفرض أكد من الواجب ، فالفرض ما ثبت بدليل قطعى كالصلاة والواجب ما ثبت بدليل ظنى كالعمرة عند من أوجبها وهو قول أبى حنيفة وقيل الفرض ما لا يسامح بتركه عمدا ولا سهوا كأركان الصلاة ، والواجب ما يسامح فيه إن وقع من غير عمد .

واصطلح كثير من العلماء من المالكية والشافعية والحنابلة على إطلاق الواجب على السنة المؤكدة تأكيدا قويا .

والواجب ينقسم إلى ثلاثة تقسيمات باعتبار ذاته ينقسم إلى واجب معين لا يقوم غيره مقامه كالصوم والصلاة وإلى واجب مبهم فى أقسام محصورة كخصلة من خصال الكفارة فى قوله تعالى " فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ " [1] . فالواجب واحد منها لا بعينه فأى واحد فعله الحانث أجزأه .

وينقسم الواجب باعتبار وقته إلى مضيق وموسع ، فالواجب المضيق هو ما لا يسع وقته أكثر من فعله كصوم رمضان فى الواجب ، والواجب الموسع ما يسع وقته أكثر من فعله كالصلوات الخمس فيسع وقته السنن كلها ، والوقت هو الزمن الذى قدره الشارع للعبادة .

---

[1] سورة المائدة الآية رقم ٨٩

وقد أجمع العلماء على أن من أدى الصلاة فى أول وقتها يكون ثوابه أتم .

وينقسم الواجب باعتبار فاعله إلى واجب عينى وواجب على الكفاية فالواجب العينى هو ما ينظر فيه الشارع إلى ذلت الفاعـل كالصـلاة والزكاة والصوم لأن هذه العبادة تلزم كل شخص بعينه ، أما الواجـب على الكفاية فإن الشارع ينظر إلى نفس الفعل بقطع النظر عن فاعلـه كدفن الميت وإنقاذ الغريق .

وأن كل ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب وينقسم إلى قسمين :

١- قسم ليس تحت قدرة العبد كزوال الشمس لوجوب الظهر .

٢- وقسم تحت قدرة العبد كالطهارة للصلاة والسعى بالجمعة .

وهناك تقسيمات أخرى لما يتم به الواجب ليس مجال الكلام فيها .

المنـدوب :

والمندوب ما طلب فعله أو أداؤه لا على وجه الإلزام ولكـن علـى وجه الترغيب والاستحسان بحيث لا يعد تاركه مقصرا يستحق الجزاء على هذا الترك وإن كان يستحق الجزاء الحسن والثواب على الفعـل ومثله الصلاة ركعتين قبل الفرض أو بعده وصـوم يـومى الاثنـين والخميس من كل أسبوع خلاف صوم رمضان أو تصدق بجـزء مـن ماله على الفقراء والمساكين زيادة على الجزء الواجب عليه أداؤه .

وقد دخل المندوب فى أقسام الأمر لأن الأمر قسمان أمر جازم : أى

فى تركه العقاب وهو واجب ، وأمر غير جازم أى لا عقاب فى تركه وهو المندوب والدليل على شمول الأمـر للمنـدوب قولـه تعـالى : " وَافْعَلُوا الْخَيْرَ " [1] ومنه المندوب وأمر بالمعروف أى ومنه المندوب قال تعالى : " إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى " [2] أى ومن الإحسان وإيتاء ذى القربى ما هو مندوب ، واحتج مـن قـال إن الندب غير مأمور به لقوله تعالى " فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ " [3] قالوا فى الآية التوعـد علـى مخالفة الأمر بالفتنة والعذاب الأليم والندب لا يستلزم تركه شيئا مـن ذلك ، وفى الحديث قوله صلى الله عليه وسلم " لو أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك عند كل صلاة " مع أنه ندبهم إلى السواك ، قـالوا : فدل ذلك على أن الندب غير مأمور به ... والجواب أن الأمر فـى الآية والحديث يراد به الأمر الواجب فلا ينافى أن يطلق الأمر أيضـا على غير الواجب وقد قدمنا أن الأمر يطلق على هذا وذاك .

---

[1] سورة الحج الآية رقم ٧٧

[2] سورة النحل الآية رقم ٩٠

[3] سورة النور الآية رقم ٦٣

المبـــاح :

تعريفه : هو ما كان فعله أو عدم فعله متروكان لحريـــة الشــخص وإرادته المطلقة بما يتفق ومصلحته عند الفعــل أو التــرك بحيــث لا يترتب على الفعل أو الترك تقصير أو عقاب لأنهما ســواء أى الفعــل وعدم الفعل بالنسبة للتعبد ، وقد قسم أهل الأصول الإباحة إلى قسمين : الأول إباحة شرعية أى عرفت من قبل الشرع كإباحة الجماع فى ليالى رمضان المنصوص عليها فى قوله تعالى " أُحِلَّ لَكُمْ لَيْلَةَ الصِّيَامِ الرَّفَثُ إِلَى نِسَائِكُمْ " [1] ، وتسمى هذه بالإباحة الشرعية .

الثانية : إباحة عقلية وهى تسمى فى الاصطلاح البراءة الأصـــلية ، والإباحة العقلية استصحاب العدم الأصلى حتى يرد دليل ناقل عنه ومن فوائد هذا الفرق بين الإباحتين المذكورتين إن رفع الإباحـــة الشـــرعية يسمى نسخا كرفع إباحة الفطر فى رمضان وجعل الإطعام بـــدلا عـــن الصوم المنصوص عليه فى قوله تعالى : " وَعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَهُ فِدْيَـــةٌ طَعَامُ مِسْكِينٍ " [2] فإنه منسوخ بقوله تعالى " فَمَنْ شَهِدَ مِـــنْكُمُ الشَّـــهْرَ فَلْيَصُمْهُ " [3] .

---

[1] سورة البقرة الآية رقم ١٨٧

[2] سورة البقرة الآية رقم ١٨٤

[3] سورة البقرة الآية رقم ١٨٥

وأما الإباحة العقلية فليس رفعها نسخا لأنها ليست حكما شرعيا بـــل عقليا ، ولذا لم يكن تحريم الربا ناسخا لإباحة فى أول الإسلام ، لأنهـــا إباحة عقلية ، وأمثال ذلك كثيرا جدا والمباح فى اللغة ما لـــيس دونـــه مانع يمنعه .

المكـــــروه :

والمكروه هو طلب النهى عنه والبعد منه لا على وجه الإلزام ولكن على وجه الاستحسان والكمال بحيث لا يعتبر فاعله مقصـــرا يســـتحق العقاب وإن كان يحرم من الجزاء الحسن والثواب الـــذى رصـــده الله للانتهاء عنه . وقيل أن المكروه هو ما نهى عنه نهيا غيـــر جـــازم ، وقد ورد لفظ الكراهة فى قوله تعالى " كُلُّ ذَلِكَ كَانَ سَيِّئُهُ عِنْـدَ رَبِّــكَ مَكْرُوهاً "[1]. وإيضاح المكروه أن المأمور به إذا كان بعض جزئياته منهيا عنه نهى تنزيه أو تحريم لا يدخل ذلك المنهى عنـــه منهـــا فـــى المأمور به لأن النهى ضد الأمر والشىء لا يدخل فى ضـــده خلافـــا لبعض الحنفية القائلين بدخوله فيه ، فتحية المسجد مثلا مأمور بها فإذا دخل المسجد وقت نهى فتلك الصلاة المنهى عنها لوقت النهى عنها لم تدخل فى الأمر حتى لا يكون هناك تصادم بين الأمر والنهـــى . قـــال الشافعى رحمه الله أن الصلوات ذات الأسباب الخاصة لم يتناولها النهى فهى داخلة فى الأمر وبهذا لم تدخل فى النهى .

---

[1] سورة الإسراء الآية رقم ٣٨

الحـــــرام :

تعريفه : هو ما طلب النهى عنه والبعد عنه وجه الإلزام بحيث يعد الفاعل لهذا المحرم مقصرا يستحق العقاب على هذا الفعل بما يتناسب وطبيعة هذا الفعل نفسه المنهى عن فعله طبقا لإرادة المشرع وتقـــديره فى المجال ، وقيل أن الحرام ما نهى عنه نهيا جازما .

ومن أمثلة المحرم كل محرم مقطوع بتحريمه كالقتل والزنا والسرقة وشرب الخمر والسعى فى الأرض بالفساد .

****

أقسام الحكم الوضعى

وينقسم الحكم الوضعى إلى ثلاثة أقسام : (السبب والشرط والمانع)

السبـــب

تعريفـــه :

هو الأمر الذى جعله الشارع علامة على الحكم ، وربـــط وجـــوده بوجوده وعدمه بعدمه . بحيث إذا وجد السبب وجــد المســـبب وهـــو الحكم ، وإذا عدم السبب عدم المسبب .

أنواعه : ويتنوع السبب إلى نوعين :

١- سبب لحكم شرعى أخروى ، كدلوك الشمس ، جعله الشارع ســـببا لا يجاب صلاة الظهر فى قوله تعالى " أقم الصلاة لدلوك الشمس" .

٢- سبب لحكم شرعى دنيوى : كعقد البيع ، فإنه سبب لترتـــب آثـــره عليه وهو نقل الملكية .

وترتيب المسبب على سببه من وضع الشارع لا من وضع المكلف ولا يملك المكلف أن يحل هذا الارتباط الذى ربط به الشارع المسببات بأسبابها .

فمن قام بعقد بيع أو زواج أو بطلاق ، ترتب على تصرفه ما رتبـــه الشـــارع عليه ، وأن لم يقصد المكلف ترتيب هذا الأثر .

فمن تزوج امرأة وجب عليه مهرها ونفقتها ، ولو لم يقصد ذلك .

ومن طلق زوجته طلاقا رجعيا ، كان له حق مراجعتها ، ولو لم يقصد ذلك .

الشـرط

تعريفـــــه :

الشرط هو الأمر الذى جعله الشارع مكملا لأمر شرعى لا يتحقـق إلا بوجوده ، كالطهارة جعلها الله شرطا لا تتحقق الصلاة إلا به .

أنـــواعــه : ينوع الشرط إلى نوعين

١- شرط مكمل للسبب ، كمرور الحول على ملك النصـــاب ، فإنــه شرط مكملا لملكية النصاب التى هى سبب لوجوب الزكاة .

٢- شرط مكملا للحكم ، كالطهارة فإنها شرط مكمل للصلاة التى تجب بسبب دخول وقتها .

ثم يتنوع الشرط إلى نوعين آخرين :

١- **الشرط الشرعى** : وهو الشرط الذى اشترطه الشارع ، كالطهـــارة فى صحة الصلاة .

٢- **الشرط الجعلى** : وهو الشرط الذى يشترطه المكلــف ، كالشـــرط الذى يشترطه المالك لعتق عبده ، مثل أن يقول له : أن شــفى الله مريضى فأنت حر .

الفرق بين السبب والشرط :

ويتبين لنا من تعريف السبب وتعريف الشرط ، أن السبب يلزم من وجوده وجود الحكم ، كما يلزم من عدمه عدم الحكم ، بينما الشرط لا

يلزم من وجوده وجود حكم ، وأن لزم من عدمه عدم الحكم .

فملك النصاب سبب فى وجوب الزكاة ، ويلزم من وجوده وجـود الحكم وهو وجوب أداء الزكاة ، ثم يلزم من عدمه عدم الحكم وهو عدم وجوب الزكاة .

والطهارة شرط فى صحة الصلاة ، ولا يلزم من وجودها وجـود الصلاة ، فقد يتطهر المكلف ولا يصلى ، ولكن يلزم من عدمها عـدم صحة الصلاة .

الفرق بين الركن والشرط :

يتفق الركن والشرط فى أن كلا منهما يتوقف على وجوده وجـود الحكم ، ولكن يختلفان من جهة أن الركن جزء من حقيقة الشيء ، أما الشرط فهو أمر خارج عن حقيقة الشيء وليس جزءا من أجزائه .

فقراءة القرآن الكريم ركن الصلاة ، لأنها جزء من أجزائها ، داخلة فى حقيقتها وبنيانها .

والطهارة شرط فى صحتها ، لأنها أمـر خـارج عـن حقيقتهـا وأجزائها .

المـانـــع

تعريفــه :

المانع هو الأمر الذى جعله الشارع حائلا دون تحقــق الســبب أو الحكم .

فيلزم من وجود المانع عدم السبب أو هدم الحكم ، فالدين على من ملك نصابا من أموال الزكاة مانع من تحقق السبب وهو ملك النصاب ، لأنه يجعل ملكه للنصاب ملكا صوريا غير حقيقى .

وقتل الوارث لمورثه ، مانع من الميراث ، وهو الحكم الذى يترتب على وجود القرابة وهى سبب الميراث .

وبذلك يتبين لنا أن الحكم لا يوجد إلا إذا وجــد ســببه ، وتحقــق شرطه ، وانتفت موانعه .

ملحوظة :

ملحق به نماذج كتبه الفقهاء فى القواعد الفقهية .

نماذج كتبه الفقهاء فى القواعد الفقهية

غمز عيون البصائر

شرح كتاب

الأشباه والنظائر

لمولانا زين العابدين ابراهيم الشهير
بابن نجيم المصري رحمه الله

شرح

مولانا السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي رحمه الله

الجزء الأول

دار الكتب العلمية
بيروت - لبنان

القاعدة الثانية عشرة:

١ - لا ينسب إلى ساكت قول. فلو رأى أجنبياً يبيع ماله فسكت ولم ينهه لم يكن وكيلا بسكوته، ولو رأى القاضي الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشتري فسكت لا يكون اذنا في التجارة، ولو رأى المرتهن الراهن يبيع الرهن فسكت

٢ - لا يبطل الرهن ولا يكون رضا في رواية،

٣ - ولو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون اذنا بإتلافه، ولو

---

(١) **قوله**: لا ينسب إلى ساكت قول الخ. من فروع هذه القاعدة ما في القنية: افترقا وفي بيتها جارية نقلتها مع نفسها واستخدمتها سنة والزوج عالم به ساكت ثم ادعاها، فالقول له لأن يده كانت ثابتة ولم يوجد المزيل، ومن فروعها ما في بعض المعتبرات إذا حلفت لا تأذن في تزويجها فزوجها وليها وسكتت لا يحنث، وكذا لو حلف لا يأذن لعبده في تجارة فرآه يبيع ويشتري يصير مأذوناً ولا يحنث، وكذا الشفيع إذا حلف لا يسلم الشفعة فسكت لا يحنث. ومن فروعها ما في جواهر الفتاوي قال: ثم في نكاح الفضولي لو كان الحالف حاضراً ساكتاً. قال جمال الدين البزدوي لا يكون حضوره كالمباشرة بنفسه بخلاف الوكيل فإن من وكل رجلا أن يزوجه امرأة فباشر الوكيل العقد بحضوره يكون شاهداً والموكل مباشراً حتى لو لم يكن هناك إلا شاهد ينعقد العقد بحضرته. والفرق أن الوكيل بحكم الوكالة ينقل كلامه وعقده إلى الموكل وليس هو من جملة من يكون سكوته رضى منه بذلك.

(٢) **قوله**: لا يبطل الرهن ولا يكون رضى في رواية الخ. يعني أن المذهب ما روى الطحاوي عن أصحابنا أنه رضى ويبطل الرهن. ذكره الزيلعي.

(٣) **قوله**: ولو رأى غيره يتلف ماله الخ. قيل عليه: ربما يعكس عليه ما يأتي في التاسع والعشرين.

رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا، كذا ذكره الزيلعي في المأذون،

٤ - ولو سكت عن وطء أمته لم يسقط المهر،

٥ - وكذا عن قطع عضوه آخذاً من سكوته عند إتلاف ماله، ولو رأى المالك رجلا يبيع متاعه وهو حاضر ساكت لا يكون رضا عندنا خلافاً لابن أبي ليلى، رحمه الله ولو رأى قنه يتزوج فسكت ولم ينهه لا يصير إذناً له في النكاح، ولو تزوجت غير كفء، فسكوت الولي عن مطالبة التفريق

٦ - ليس برضا، وان طال ذلك، وكذا سكوت امرأة العنين ليس برضا، ولو أقامت معه سنين، وهي في جامع الفصولين، وفي عارية الخانية: الإعارة لا تثبت بالسكوت. وخرجت عن هذه القاعدة مسائل كثيرة يكون السكوت فيها كالنطق: الأولى سكوت البكر

٧ - عند استيمار وليها قبل التزويج

٨ - وبعده. الثانية: سكوتها عند قبض مهرها. الثالثة:

---

(٤) قوله: ولو سكت وطء أمته ألخ. أي أمته الموطوءة بشبهة أو بعقد فاسد.

(٥) قوله: وكذا عن قطع عضوه أخذاً من سكوته عند إتلاف ماله الخ. يعني لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال.

(٦) قوله: ليس برضى وان طال ذلك. يعني ما لم تلد.

(٧) قوله: عند استيمار وليها. أي وليها الأقرب أو رسوله فلو استأمرها الجد مع وجود الأب لا يكون رضى.

(٨) قوله: وبعده. عطف على قوله عند استيمارها، لا على قوله قبله كما هو ظاهر لمن تدبر.

٩ - سكوتها إذ بلغت بكرا.

١٠ - الرابعة: حلفت ان لا تتزوج فزوجها أبوها فسكتت حنثت الخامسة: سكوت المتصدق عليه قبول لا الموهوب له. السادسة: سكوت المالك عند قبض الموهوب له أو المتصدق عليه اذن. السابعة: سكوت الوكيل قبول ويرتد برده. الثامنة: سكوت المقر له قبول ويرتد برده. التاسعة: سكوت المفوض إليه قبول للتفويض وله رده. العاشرة: سكوت الموقوف عليه قبول ويرتد برده، وقيل لا. الحادية عشر:

١١ - سكوت أحد المتبايعين في بيع التلجئة، حين قال صاحبه قد بدا لي أن أجعله بيعاً صحيحاً. الثانية عشر:

١٢ - سكوت المالك القديم حين قسمة ماله بين الغانمين رضا. الثالثة عشر:

---

(٩) **قوله**: سكوتها إذا بلغت بكرا الخ. يعني يكون رضى ويسقط خيار بلوغها لا لو بلغت ثيبا وهذا إذا كان المزوج لها غير الأب والجد.

(١٠) **قوله**: الرابعة حلفت أن لا تزوج الخ. نقل المصنف رحمه الله في شرحه عن الخانية: لو حلفت لا تأذن في الزواج فزوجها وكيلها وسكتت لم تحنث. وفرق بينها بأن ذا على زواج وقد وجد شرعاً وعرفاً وما في الخانية على الإذن ولم يوجد عرفاً والايمان مبنية عليه (انتهى). واستشكل بمسئلة الفضولي المشهورة فإنه لا يقع عليه الطلاق مع إجازته بفعل فكيف يقع الطلاق مع السكوت الذي هو ترك.

(١١) **قوله**: سكوت أحد المتابعين في بيع التلجئة الخ. قال في العمادية في الفصل السابع: تفسير التلجئة أن يتواضعا أن يظهر البيع عند الناس لكن لا يكون قصدهما من ذلك البيع حقيقة.

(١٢) **قوله**: سكوت المالك القديم الخ. كما لو أسر قن لمسلم فوقع في الغنيمة وقسم مولاه حاضر.

١٣ - سكوت المشتري بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشتري مسقط لخياره. الرابعة عشر:

١٤ - سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع حين رأى المشتري قبض المبيع اذن بقبضه، صحيحاً كان البيع أم فاسداً.

الخامسة عشر: سكوت الشفيع حين علم بالبيع مسقط للشفعة.

السادسة عشر:

١٥ - سكوت المولى حين رأى عبده يبيع ويشتري اذن في التجارة.

السابعة عشر:

١٦ - لو حلف المولى، لا يأذن له فسكت حنث، في ظاهر الرواية.

---

(١٣) قوله: سكوت المشتري بالخيار الخ. قيد بخيار المشتري لأنه لو كان الخيار للبائع لا يبطل كما في معين الحكام.

(١٤) قوله: سكوت البائع الذي له حق حبس المبيع الخ. وفي كتاب الإكراه: لا يكون اذنا حتى أن له أن يأخذه. كذا في الخلاصة لكن الظاهر أن الذي في الخلاصة من الخلاف في البيع الصحيح بدليل ذكره حكم الفاسد بعده من غير نقل خلاف.

(١٥) قوله: سكوت المولى حين رأى عبده الخ. محله في غير مال مولاه أما في ماله لو باع منه لا يجوز حتى يأذن بالنطق. ذكره في البزازية من كتاب المأذون ومحله ما إذا لم يكن المولى قاضياً ذكره فيها منه وقد ذكر المصنف رحمه الله في الفوائد عن الظهيرية فإرسال المصنف رحمه الله هنا غير واقع موقعه.

(١٦) قوله: لو حلف المولى لا يأذن له الخ. في الظهيرية: لو حلف لا يأذن لعبده في التجارة فرآه يبيع ويشتري فسكت يصير العبد مأذوناً له في التجارة ولا يحنث وكذلك البكر إذا حلفت ان لا تأذن في تزويجها فسكتت عند الاستئمار لا تحنث (انتهى). وهو خلاف ظاهر الرواية كما أفاده المصنف رحمه الله. وجه ظاهر الرواية ان الشرع جعله اذناً في البكر لحيائها فيحصل الضرر بتكليفها التصريح واما العبد =

الثامنة عشر: سكون القن وانقياده عند بيعه أو رهنه أو دفعه بجناية إقرار برقه ان كان يعقل،

١٧ - بخلاف سكوته عند إجارته أو عرضه للبيع أو تزويجه.

التاسعة عشر: لو حلف لا ينزل فلاناً في داره وهو نازل في داره فسكت حنث، .

١٨ - لا لو قال له أخرج منها فأبى أن يخرج فسكت. العشرون: سكوت الزوج عند ولادة المرأة وتهنيته اقرار به فلا يملك نفيه. الحادية عشر: سكوت المولى عند ولادة أم لولده اقرار به. الثانية والعشرون: السكوت قبل البيع عند الاخبار بالعيب رضا بالعيب، ان كان المخبر عدلا، لا لو كان فاسقاً عنده، وعندهما هو رضا ولو فاسقاً. الثالثة والعشرون:

٢٠ - سكوت البكر عند اخبارها بتزويج الولي على هذا الخلاف.

الرابعة والعشرون:

= فلأنه إذا لم يجعل اذناً يحصل الضرر بمعامليه فتضيع أموال معامليه فيتعدى الحكم الذي في مسئلة البكر إليه لاستوائهما في الضرر، فإن قيل: مسئلة الحلف لا ضرر فيها إلا على الحالف قلنا لا كلام في قبول نيته وان يصدق فيه لدفع الحنث ديانة في ظاهر الرواية ويوفق بذلك بين ما هنا وما في الظهيرية فالحنث في القضاء وعدمه في الديانة.

(١٧) **قوله**: بخلاف سكوته عند إجارته الخ. الفرق بين الرهن والإجارة أن الرهن محبوس بالدين بحيث يمكن الاستيفاء منه عند الهلاك فيستلزم السكوت عند الاعتراف بالرق وليست الإجارة كذلك إذا الحر يؤجر بطريق الفضولي.

(١٨) **قوله**: لا لو قال له اخرج منها فأبى ان يخرج فسكت. يعني لا يحنث.

(٢٠) **قوله**: سكوت البكر عند إخبارها الخ. قيل: قد يترائى ان المسألة قد تقدمت وليس كذلك لأن المتقدمة مقيدة بالاستيهار بعد التزويج بطريق الفضولي ولا استيهار هنا بل مجرد إخبار. (انتهى). وفيه تأمل.

٢١ - سكوته عند بيع زوجته أو قريبه عقاراً إقرار بأنه ليس له، على ما أفتى به مشايخ سمرقند خلافاً لمشايخ بخارى، فينظر المفتي فيه. الخامسة والعشرون:

٢٢ - رآه يبيع ارضاً او داراً فتصرف فيه المشتري زماناً وهو ساكت تسقط دعواه. السادسة والعشرون:

٢٣ - أحد شريكي العنان قال للآخر اني اشتري هذه الأمة لنفسي خاصة

---

(٢١) **قوله**: سكوته عند بيع زوجته الخ. قيد بالبيع لأنه لو كان مكانه عارية أو إجارة أو رهن لا يكون إقراراً إجماعاً لأنه لم يستثن فيكون داخلا في القاعدة ولأنه في البيع على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره، ولأن الإنسان قد يرضى بالانتفاع بملكه ولا يرضى بخروجه عنه ولم يذكر سكوتها عند بيع زوجها. وفي الخانية في باب ما يبطل الدعوى إذا باع الرجل شيئاً بحضرة امرأته وهي ساكتة ثم ادعت بعد ذلك أنه لها قيل لا تسمع دعواها، والصحيح أنه تسمع لكن في البزازية جعل الفتوى على عدم سماع الدعوى في القريب والزوجة وقد وقع الاستفتاء عن غير القريب والزوج والزوجة ولم نر تصريحاً في ذلك.

(٢٢) **قوله**: رآه يبيع أرضاً او داراً الخ. هذا الفرع فيه عما قبله زيادة تصرف المشتري بعد الشراء زماناً وهو ساكت فهو قيد في الاجنبي لا في الزوجة، والقريب كما يفهمه اطلاقه وهو مصرح به في متن تنوير الابصار، وكما افتى به شيخ الاسلام شهاب الدين الحلبي وهي في فتاواه في كتاب البيوع. وقد قال بعض الفضلاء: ان أراد المصنف رحمه الله بقوله رآه انه رأى قريبه فهي عين السابقة بلا واسطة، وان أراد انه رأى أجنبياً يبيع شيئاً في يده فسكت ففي كون سكوته رضى مسقطاً لدعواه نظر، والمحفوظ خلافه وكون السكوت رضى مقيد ببيع القريب فليتأمل.

(٢٣) **قوله**: أحد شريكي العنان قال لآخر الخ. إنما قيد بالعنان لأنها لو كانت مفاوضة لم يكن الحكم كذلك فقد ذكر ابن الشحنة أن أحد شريكي المفاوضة إذا قال =

٢٤ - فسكت الشريك، لا تكون لهما. السابعة والعشرون:

٢٥ - سكوت الموكل حين قال له الوكيل بشراء معين: اني اريد شراءه لنفسي. فشراه. كان له. الثامنة والعشرون:

٢٦ - سكوت ولي الصبي العاقل، إذا رآه يبيع ويشتري، اذن. التاسعة والعشرون:

٢٧ - سكوته عند رؤية غيره يشق زقه حتى سال ما فيه، رضا. الثلاثون: سكوت الحالف لا يستخدم مملوكه إذا خدمه بلا أمره ولم ينهه حنث. هذه الثلاثون في جامع الفصولين وغيره، وزدت ثلاثاً، اثنتين من القنية: الأولى: دفعت في تجهيزها لبنتها

= لصاحبه أنا أريد أشتري هذه الجارية لنفسي فسكت شريكه فاشترى، لا تكون له ما لم يقل شريكه نعم.

(٢٤) قوله: فسكت الشريك لا يكون لهما الخ. أي بل للمشتري. وقد تقرر انه ليس لأحد الشريكين أن يشتري جارية للوطء أو للخدمة إلا بأذن شريكه لأن شراء الجارية مما يصح فيها الاشتراك فان اذن له فاشتراها ليطأها فهي له خاصة كما في الجوهرة وغيرها.

(٢٥) قوله: سكوت الموكل حين قال له الوكيل الخ. لا ينافي قولهم: الوكيل بشراء شيء معين لا يملك شراءه لنفسه لأنه مقيد بما ذكره هنا من التصريح للموكل بانه يريد شراءه لنفسه لأنه يلزمه عدم قبول الوكالة.

(٢٦) قوله: سكوت ولي الصبي الخ. يفهم من تقييده بالولي ان الوصي والقاضي ليسا كذلك والفرق ظاهر.

(٢٧) قوله: سكوته عند رؤية غيره يشق زقه الخ. قد تقدم في أول القاعدة: لو رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون إذناً باتلافه وهو مخالف لما هنا وقد ذكرها في جامع الفصولين في احكام السكوت وقدمها في السبب والدلالة وفصل بين دهن سائل وجامد قال بعض الفضلاء: يمكن حمل ما هنا على الاتلاف الممكن انتهى فليتأمل.

اشياء من امتعة الأب وهو ساكت، فليس له الاسترداد.

٢٨ - الثانية: انفقت الأم في جهازها ما هو معتاد فسكت الأب، لم تضمن الأم. الثالثة: باع جارية وعليها حلى وقرطان، ولم يشترط ذلك للمشتري لكن سلم المشتري الجارية وذهب بها والبايع ساكت، كان سكوته بمنزلة التسليم، فكان الحلى لها كذا في الظهيرية. ثم زدت اخرى: القراءة على الشيخ وهو ساكت تنزل منزلة نطقه في الاصح. وأخرى، على خلاف فيها: سكوت المدعى عليه ولا عذر به انكار. وقيل لا ويحبس، وهي في قضاء الخلاصة. فهي خمسة وثلاثون. ثم رأيت اخرى كتبتها في الشرح من الشهادات:

٢٩ - سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد تعديل. السابعة والثلاثون: سكوت الراهن عند قبض المرتهن العين المرهونة إذن، كما في القنية (انتهى).

---

(٢٨) **قوله**: الثانية انفقت الأم في جهازها ما هو معتاد الخ. قيل: هذه خرجت من قولهم إذا رأى غيره يتلف ماله فسكت لا يكون إذناً وفيه تأمل.

(٢٩) **قوله**: سكوت المزكي عند سؤاله عن الشاهد الخ. قيل عليه: هذا مما لا يعتمد عليه لما فيه من الابهام، فانه قال في الملتقط: كان الليث قاضياً فاحتاج إلى تعديل شاهد وكان المزكي مريضاً فعاده القاضي وسأل عن الشاهد فسكت العدل ثم سأله فسكت فقال: اسألك فلا تجيبني، فقال: أما يكفيك من مثلي السكوت، فلما استقضى ابو مطيع ارسل الامير إلى يعقوب القاري يساوره فسأله الرسول في الطريق عن أبي مطيع فقال يعقوب: أبو مطيع أبو مطيع قال محمد بن سلمة إذا كان العدل مثل يعقوب فلا بأس بمثل هذا التعديل وانت ترى ما فيه من الاحتمال. اقول: يزاد على السبع والثلاثين ما في شرح الكنز للمصنف رحمه الله وهي تزكية العالم فان سكوته =

يقوم مقام نطقه بها. ويزاد أيضاً ما في شرح الكنز للمصنف رحمه الله هو ان المودع يصير مودعاً بسكوته عقيب وضع رجل متاعه عنده وهو ينظر؛ وزاد بعض الفضلاء اخرى، وهو ان من وضع متاعه عند رجل وسكت وذهب يصير مودعاً يعني بكسر الدال وفي التي قبلها بفتحها. ويزاد ما في المحيط: رجل زوج رجلا بغير امره فهناه القوم وقبل التهنية فهو رضى لأن قبول الهنية دليل الاجازة، وهو في شرح الكنز للمصنف، فصارت المسائل اربعين ثم زاد بعض الفضلاء حادية وأربعين. وهي إن وصي ميت استأجر احد الحمالين ليحملا الجنازة إلى المقبرة، والآخر حاضر ساكت، وكذا إذا استأجر أحد الورثة لحضرة الوصيين وهما ساكتان جاز ذلك ويكون من جميع المال وهي بمنزلة الكفن، كذا في الخانية وفي المحيط أبسط من ذلك، ثم زاد ثانية وأربعين، وهي ما قال صاحب الدار للساكن اسكن بكذا وإلا فاخرج، فسكت وسكن، كان مستأجراً بالمسمى بسكناه وسكوته، وكذا إذا قال الراعي للمالك لا ارضى بما سميت وإنما أرضى بكذا فسكت المالك فرعى الراعي لزم المالك ما سماه الراعي بسكوت المالك ثم زاد ثلاثة وأربعين وهي ما قال في المبتغى في من زفت اليه امرأته بلا جهاز، فله مطالبة الأب بما بعث اليه من الدراهم والدنانير، وان كان الجهاز قليلا فله المطالبة بما يتعلق بالمبعوث، وله استرداد ما بعث؛ والمعتبر ما يتخذ للزوج لا ما يتخذ لها، فلو سكت بعد الزفاف طويلا ليس له ان يخاصم بعده وإن لم يتخذ له شيئاً. ثم زاد اربعة وأربعين وهي ما إذا وهب الدين ممن عليه الدين فانه إذا سكت الموهوب له صحت الهبة ويسقط الدين لان سكوته رعدم رده من ساعته دليل القبول عادة، وإن قال من ساعته لا أقبل بطل وبقي الدين على حاله. ذكره الزيلعي في مسائل شتى وزاد بعضهم من الفضلاء على ذلك: السكوت على المنكر رضى به والسكوت على بدعة رضى بها (انتهى). اقول ينبغي ان يقيد ذلك بما إذ لم ينكر بقلبه ويزاد أيضاً ما لو تزوجت من غير كفو فسكت الولي حتى ولدت يكون سكوته رضى كما نص عليه الزيلعي: ويزاد أيضاً الوكالة فانها كما تثبت بالقول تثبت بالسكوت. ولذا قال في الظهيرية: لو قال ابن العم للكبيرة اني اريد ان ازوجك نفسي فسكتت فتزوجها جاز ذكره المصنف رحمه الله في باب الاولياء والاكفاء في شرح الكنز. ويزاد ايضاً ما لو

....

ابرأه فسكت صح ولا يحتاج إلى القبول. ولشيخنا في شرح الوهبانية كلام يتعلق بمسئلة الابراء فليراجع. ويزاد أيضاً سكوت الراهن عند بيع المرتهن يكون مبطلا يعني للرهن في إحدى الروايتين. ذكر الزيلعي وقاضيخان وهي تعلم من الكلام المصرح أول القاعدة ويزاد ايضاً ما لو أوصى لرجل فسكت في حياته فلما مات باع الوصي بعض التركة أو تقاضي دينه فهو قبول للوصاية كما في معين الحكام. والله الهادي إلى بلوغ المرام وهذا الجمع والاطناب من خواص هذا الكتاب.

القواعد الفقهية

من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف
للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي

تأليف

الدكتور محمد الروكي

أستاذ الفقه الإسلامي وأصوله

بجامعة محمد الخامس

كلية الآداب والعلوم الإنسانية

الرباط – المغرب

المبحث الثالث

قواعد فقهية كلية في نظرية الملك

في الفقه الإسلامي حديث مستفيض عن الملك وأنواعه. وطرقه المشروعة والممنوعة، وحدود الانتفاع به. وما إلى ذلك من أحكامه المبسوطة عند الفقهاء بسطاً تطبيقياً.

وفي كتاب «الإشراف» بعض القواعد الفقهية التي ترتبط بفكرة الملك من بعض جوانبه أهمها ما يأتي:

١ - كل حال صح أن يُملك بعد زوالها صح أن يُملك مع وجودها:

أي: إن الأحوال والصفات التي يجوز التملك بعد زوالها فإنها لا تمنع الشخص المتصف بها من التملك. وذلك كالمرض والجنون والصغر وما أشبه ذلك. فالملك مع هذه الحالات جائز، لجوازه بعد زوالها.

ومما اختلف فيه من فروع هذه القاعدة: جواز - أو عدم جواز - ملك العبد. فمذهب مالك: أن العبد يملك[1]. وخالف في ذلك أبو حنيفة والشافعي فلم يجيزا له الملك[2].

ويشهد لمذهب مالك: قوله تعالى: ﴿**إن يكونوا فُقراء يُغنهمُ الله من فضله**﴾[3]؛ لأن الفقر والغنى من صفات الملك.

---

[1] انظر: الإشراف: ١/٢٧٠.

[2] انظر: الإشراف: ١/٢٧٠.

[3] سورة النور: الآية (٣٢).

وتشهد له أيضاً قاعدة فقهية أخرى وهي: «كل من ملك شيئاً ملك بدله»[1]. والعبد له أن يملك استباحة البضع، فكان له أن يملك ما يخالع به عليه[2].

٢- ما حرم للاستعمال، حرم للاتخاذ:

أي : إن الشيء الذي يحرم على المسلم أن يستعمله ويستخدمه، يحرم عليه ملكه واتخاذه؛ لأن اتخاذه يفضي إلى استعماله. وما يفضي إلى الحرام حرام.

ومن أمثلة ذلك: حرمة اتخاذ الخمر والخنزير وآلات اللهو والحلي بالنسبة للرجال، وسائر المحرمات التي نهى الشرع عن استعمالها.

ومن الفروع المختلف فيها لهذه القاعدة اتخاذ أواني الذهب والفضة، فالمالكية تمنع ذلك[3] تبعاً للقاعدة. والشافعية تبيح ذلك في أحد القولين عن الإمام الشافعي[4].

٣- ما حرم لذاته حرم ثمنه:

وهي قاعدة متفرعة عن سابقتها. ومعناها: أن الشيء إذا حرم على

---

(١) انظر: الإشراف: ٢٧٠/١. وهي مرادفة للقاعدة التي نحن بصددها في الحكم والمعنى لذلك لم أذكرها مستقلة.

(٢) انظر: الإشراف: ٢٧٠/١.

(٣) انظر: الإشراف: ٦/١ ، ١٧٦.

(٤) انظر: الإشراف: ٦/١. وذهب الإمام داود الظاهري إلى أن منع استعمال أواني الذهب والفضة إنما يكون في الشرب. أما في غيره كالوضوء - مثلاً - فهي مباحة الاستعمال. انظر الإشراف: ٦/١.

المسلم أن يملكه بذاته، حرم عليه أن يملك ثمنه. ومن ثم كان ثمن الخمر والخنزير والميتة وسائر المحرمات حراماً.

وأصل هذه القاعدة: قوله ﷺ: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام. فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنه يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح[1] بها الناس؟ فقال: لا، هو حرام، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: قاتل الله اليهود، إن الله عز وجل لما حرم عليهم شحومها أجملوه[2]، ثم باعوه فأكلوا ثمنه»[3]. والضمير في قوله ﷺ: «هو حرام» يحتمل أن يكون عائداً على الانتفاع، ويحتمل أن يكون عائداً على البيع. فعلى الاحتمال الأول يكون الانتفاع بشحوم الميتة وما هو في حكمها حراماً وعلى هذا جمهور الفقهاء[4]. وإذا كان الانتفاع بذلك حراماً فحرمة بيعه أولى وأحرى.

وعلى الاحتمال الثاني يكون الانتفاع مباحاً والبيع محرماً: وهو ما ذهب إليه بعض الفقهاء كالشافعي[5] رحمه الله. وقد روي مثل ذلك أيضاً عن الإمام[6] مالك وغيره من الفقهاء[7].

---

(1) أي يستضيؤون بها.

(2) أجملوه بالهمزة: وردت في رواية مسلم. وفي روايتان أخرى: «جملوه» وهما بمعنى واحد: أي أذابوه حتى يصير وَدَكاً.

(3) رواه البخاري ومسلم وأبو داود والنسائي في البيوع. ورواه ابن ماجة في التجارات.

(4) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم: ٦/١١. وفتح الباري: ٤٢٥/٤. وشرح عمدة الأحكام: ١٤٦/٢.

(5) انظر: شرح النووي على صحيح مسلم: ٦/١١.

(6) انظر: عارضة الأحوذي: ٣٠١/٥.

(7) كابن جرير الطبري: انظر: شرح النووي على صحيح مسلم: ٦/١١.

وقد عقد الإمام البخاري في كتاب البيوع باباً ترجم له بقوله: «باب جلود الميتة قبل أن تدبغ» وساق فيه حديث عبد الله بن عباس أن رسول الله ﷺ مر بشاة ميتة فقال: هلا استمتعتم بها؟ قالوا: إنها ميتة. قال: إنما حرم أكلها». قال ابن حجر يعلق على ترجمة البخاري: «وكأنه أخذ جواز البيع من جواز الاستمتاع؛ لأن كل ما ينتفع به يصح بيعه، ومالا فلا»[1].

وجواز بيع جلد الميتة قبل دبغه - أو عدم جوازه - هو من الفروع المختلف فيها لهذه القاعدة. وممن قال بالجواز: الإمام الزهري[2] رحمه الله. والذي نقله القاضي عبد الوهاب من مذهب الإمام مالك هو المنع[3].

٤- ما صحت إجارته صَحَّ ملكه:

من فروع هذه القاعدة: جواز اتخاذ الكلب للصيد وحراسة الماشية وحراسة الزرع، وهو مذهب مالك[4] رحمه الله. ويشهد له حديث بن مغفل أن رسول الله ﷺ: «أمر بقتل الكلاب، ثم قال: «ما لهم ولها»، فرخص في كلب الصيد وفي كلب الغنم[5].

وذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز اتخاذه[6]

---

[1] فتح الباري: ٤١٣/٤.

[2] انظر: الإشراف: ٥/١. وفتح الباري: ٤١٣/٤.

[3] انظر: الإشراف: ٥/١.

[4] انظر: الإشراف: ٢٧٧/١. وانظر عارضة الأحوذي: ٢٧٨/٥ ، ٣٠١. و ١٣٤/١. وما بعدها. وانظر: شرح ميارة على تحفة ابن عاصم: ٣٣٣/١.

[5] رواه أبو داود في كتاب الطهارة، باب الوضوء بسؤر الكلب.

[6] انظر: عارضة الأحوذي: ١٣٤/١.

٥- ما صح أن يُملك بالأخذ صح أن يُملك بالبيع:

وهي قاعدة متفرعة عن التي قبلها. ومعناها: أن ما يجوز اتخاذه واقتناؤه، فإنه يجوز بيعه.

ومن فروعها: اختلافهم في جواز - أو عدم جواز - بيع الكلب المأذون في اتخاذه. فالمالكية يجيزونه على الصحيح[١]، لكونه مأذوناً في الانتفاع به، قال ابن العربي: «كل ما جاز اقتناؤه وانتفع به صار مالاً وجاز بذل العوض منه»[٢]. ومنعه بعض الفقهاء كالإمام الشافعي رحمه الله، ومستنده في ذلك نهي رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب[٣]. والذين يجيزون البيع يحملون حديث النهي على الكلب الذي لا يجوز اتخاذه.

٦- كل ما صح أن يملك إرثاً صح أن يملك هبة وابتياعاً:

ومن فروع هذه القاعدة: جواز شراء الرجل صدقته - فرضاً كانت أو تطوعاً -، إلا أنه جواز مع الكراهة في مذهب الإمام مالك.[٤] قال القاضي

---

[١] انظر: عارضة الأحوذي: ٥/٢٧٨. والإشراف: ١/٢٧٧. وانظر شرح ميارة على التحفة ١/٣٣٣.

[٢] عارضة الأحوذي: ٥/٢٧٨.

[٣] أخرجه البخاري في البيوع عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله ﷺ: «نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن». وأخرجه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي في البيوع. وأخرجه ابن ماجة في التجارات. وانظر رأي الإمام الشافعي في معالم السنن: ٣/١٣١ - ١٣٢.

[٤] كراهة شراء الصدقة هو مذهب جمهور الفقهاء. وعمدتهم في ذلك حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه، قال: حملت على فرس عتيق في سبيل الله، فأضاعه صاحبه، فظننت أنه بائعه برخص، فسألت رسول الله ﷺ عن ذلك فقال: «لا تبتعه ولا تعد في صدقتك فإن العائد في صدقته كالكلب يعود في قيئه». رواه البخاري ومسلم في الهبة. ورواه غيرهما.

عبد الوهاب: «يكره للرجل أن يبتاع صدقته لئلا يكون ذريعة إلى إخراج القيمة في الزكاة. أو إلى الرجوع في الهبة، وإن فعل صح. وحُكي عن أصحاب الشافعي: إنه لا يصح. واختلفوا في الحكاية. ودليلنا على جوازه: أن كل ما صح أن تملكه إرثاً صح أن تملكه هبةً وابتياعاً كسائر الأموال»[1]. وكلام القاضي يفيد أن إخراج القيمة بدل العين في الزكاة جائز مع الكراهة. وهذا هو ظاهر المدونة[2] أيضاً. لكنه صرح في موضع آخر بعدم الجواز. فقال: «لا يجوز إخراج القيمة في الزكاة خلافاً لأبي حنيفة...»[3]. والمسألة فيها عدة أقوال في المذهب، إلا أن أظهرها وأرجحها: الجواز، كما هو اختيار ابن رشد[4] (الجد).

٧- كل تمليك في الحياة، صح بعد الوفاة:

ومعنى ذلك: أن المالك إذا جاز له أن يعطي من ماله لجهة، في حياته. جاز له أن يعطي لها لما بعد الموت.

ومن فروع هذه القاعدة: اختلافهم في الوصية للمشرك. قال القاضي عبد الوهاب: «الوصية للمشركين جائزة، كانوا أهل حرب أو ذمة. وقال أبو حنيفة: لا تصح لأهل الحرب. فدليلنا: قوله تعالى: ﴿من بعد وصية يُوصي بها أوّ دين﴾[5]؛ ولأن كل من جازت عطيته في الحياة جازت بعد

---

(١) الإشراف: ١/٢٨٢.

(٢) انظر: المدونة الكبرى: ١/٢٨٢ - ٢٨٣.

(٣) الإشراف: ١/١٦٩.

(٤) انظر البيان والتحصيل لابن رشد الجد: ٢/٥١٢.

(٥) سورة النساء: الآية: (١١).

الوفاة، كالذمي؛ ولأن كل من صح تمليكه بغير الوصية صح أن يملك بالوصية، كالمعاهد والمستأمن؛ ولأن اختلاف الأديان والدار لا يؤثر في التمليك بالوصية. أصله: وصية الذمي للمسلم»[1].

✿✿✿

[1] الإشراف: ٢/٣٢٤.

الفروق

للإمام العلامة شهاب الدين أبي العباس
أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن
الصنهاجي المشهور بالقرافي رحمه الله

وبهامش الكتابين

تهذيب الفروق والقواعد السنية
في الأسرار الفقهية

الجزء الأول

عالم الكتب
بيروت

عنهم يكون شرط الوجوب مفقودا فيذهب الوجوب ولا عجب ان يكون الوجوب مشروطا بشرط الاتصال ومفقودا عند الانفصال كما تقول لزيد ان اتصلت بعصمة امرأتك أو بقرابة وجبت عليك النفقة وان انفصلت منها لا تجب النفقة فان عاودتها وجبت وان فارقتها سقطت كذلك ايضا ههنا متى اجتمع مع القوم الخارجين للجهاد تقرر الوجوب فاذا أراد أن يفارقهم قلنا لك ذلك فاذا فارقهم بطل الوجوب كذلك أبدا فاندفع السؤال فتأمل ذلك فالسؤال جيد والجواب جيد ﴿المسألة الرابعة﴾ مقتضى ما قررته من ضابط قاعدة فرض الكفاية وقاعدة فرض الاعيان أن لا تكون صلاة الجنازة فرض كفاية وان تشرع اعادتها كما قال الشافعي رضي الله عنه فان مصلحتها المغفرة للميت ولم تحصل بالقطع ◦ والجواب أن مصلحة صلاة الجنازة اما المغفرة ظنا أو قطعا والثاني باطل لتعذره فتعين الاول وقد حصلت المغفرة ظنا بالطائفة الاولى فان الدعاء مظنة الاجابة فاندرجت صلاة الجنازة في فروض الكفاية وامتنعت الاعادة لحصول المصلحة التي هي معتمد الوجوب كما قاله مالك ولم تبق الا مصلحة تكثير الدعاء وهي مصلحة ندبية غير ان الشافعي رحمه الله يساعد على أن صلاة الجنازة لا يتنفل بها ولا تقع الا واجبة ولا تقع مندوبة أصلا فامتنعت الاعادة وكانت هذه القاعدة وهي تعذر الندب فيها حجة عليه

﴿الفرق الرابع عشر بين قاعدتي المشقة المسقطة للعبادة والمشقة التي لا تسقطها﴾

وتحرير الفرق بينهما ان المشاق قسمان احدهما لا تنفك عنه العبادة كالوضوء والغسل في البرد والصوم في النهار الطويل والمخاطرة بالنفس في الجهاد ونحو ذلك فهذا القسم لا يوجب تخفيفا في العبادة لانه قرر معها ◦ وثانيهما المشاق التي تنفك العبادة عنها وهي ثلاثة أنواع نوع في الرتبة العليا كالخوف على النفوس والاعضاء والمنافع فيوجب التخفيف لان حفظ هذه الامور هو سبب مصالح الدنيا والآخرة فلو حصلنا هذه العبادة لثوابها لذهب امثال هذه العبادة ونوع في المرتبة الدنيا كادنى وجع في اصبع

قال (الفرق الرابع عشر بين قاعدة المشقة المسقطة للعبادة والمشقة التي لا تسقطها الى آخر ما قال في هذا القسم) ◦ قلت التكليف بعينه مشقة لانه منع الانسان من الاسترسال مع دواعي نفسه وهو أمر نسبي وبهذا الاعتبار سمي تكليفا وهذا المعنى موجود في جميع أحكامه حتى الاباحة ثم يختص غيرها بمشاق بدنية وبعض تلك المشاق هو أعظم المشاق كما في الجهاد الذي فيه بذل النفس فبحسب ذلك انقسمت المشاق بالنسبة الى التكليف قسمين قسم وقع التكليف بما يلزمه عادة أو في الغالب أو في النادر وقسم لم يقع التكليف بما يلزمه فالقسم الاول لا يؤثر في العبادة لا باسقاط ولا بتخفيف لان في ذلك نقض التكليف والقسم الثاني يؤثر لانه ينقض التكليف قال (وثانيهما المشاق التي تنفك العبادة عنها وهي ثلاثة أنواع الى آخر النوع الثاني)

بشرط ان يطيعوا وصورة الثاني بالاستثناء ان يقول مثلا ما أمرتك به من اعطاء بني تميم انما ذلك على لمن تدع منهم زيدا وبالجملة فهذا الفرق ليس بالجيد ◦ الحكم الثاني لا يجوز ان يرفع الاستثناء جميع المنطوق به ويبطل حكمه ففي نحوله عندي عشرة الا عشرة يلزمه عشرة بالاجماع ونقله القرافي عن المدخل لابن طلحة المالكي فيمن قال لامرأته انت طالق ثلاثا الا ثلاثا انه لا يقع عليه طلاق في أحد القولين كما على جمع الجوامع قال العطار عن شيخ الاسلام ان القرافي قال بعد نقله الاقرب ان هذا الخلاف باطل لانه مسبوق بالاجماع نعم صرح السيوطي في الاشباه والنظائر انه لو قال أوصيت له بعشرة الا عشرة كان رجوعا عن الوصية فافهم اه ويجوز ان يدخل الشرط في كلام يبطل جميعه بالاجماع كقوله أنتن طوالق ان دخلتن الدار فلا تدخل واحدة منهن فيبطل جميع الطلاق فيهن وأكرم بني تميم ان جاؤك فلا يجيء أحد فيبطل جميع الامر بسبب هذا الشرط ولولا هذا الشرط لعم الحكم الجميع ◦ ووجه الفرق بينهما في هذا الحكم هو ان الابطال حالة النطق بالشرط غير معلوم فقد يقع الشرط في الجميع فلا يبطل من الكلام شيء وقد يفوت الشرط في الجميع فيبطل الجميع وقد يفوت في البعض فيبطل البعض دون البعض فهذه الاقسام كلها محتملة حالة النطق ولم يتعين منها الابطال لا للكل ولا للبعض بخلاف الاستثناء الوارد على جميع الكلام بعد النطق به نادما مقتصرا على المنطوق ... فتحصيل القول دما لا فائدة فيه ولا يحرز المبتدئ ذلك في الشرط لعدم تعينه ◦ الحكم الثالث يعم الشرط جميع الجمل المنطوق بها قبل اتفاقا وقيل على الاصح وصحح قال في جمع الجوامع أي في ذلك الاصح فهو أولى بالعود الى الكل اه أي كل الجمل المتقدمة كما في المحلي قال العطار وأما المفردات ففي كلام ابن الحاجب وغيره ما يوهم ... كما نص ذلك العلامة البرماوي ويعرف وجه الأولوية من فرق المحلي الآتي اه ولا يعم الاستثناء جميع الجمل المنطوق بها بل يختص على الجملة الاخيرة على قول نحو أكرم بني تميم وأكرم القوم الا خلع عليهم

فتحصيل هذه العبادة اولى من درء هذه المشقة لشرف العبادة وخفة هذه المشقة • النوع الثالث مشقة بين هذين النوعين فما قرب من العليا أوجب التخفيف وما قرب من الدنيا لم يوجبه وما توسط يختلف فيه لتجاذب الطرفين له فعلى تحرير هاتين القاعدتين تتخرج الفتاوى فى مشاق العبادات • فائدة قال بعض العلماء تختلف المشاق باختلاف رتب العبادات فما كان فى نظر الشرع أهم يشترط فى اسقاطه أشد المشاق أو أعمها فان العموم بكثرته يقوم مقام العظم كما يسقط التطهر من الخبث فى الصلاة التى هى أهم العبادات بسبب التكرار كثوب المرضع ودم البراغيث وكما سقط الوضوء فيها بالتيمم لكثرة عدم الماء والحاجة اليه او العجز عن استعماله وما لم تعظم مرتبته فى نظر الشرع تؤثر فيه المشاق الخفيفة وتحرير هاتين القاعدتين يطرد فى الصلاة وغيرها من العبادات وأبواب الفقه فكما وجدت المشاق فى الوضوء ثلاثة أقسام متفق على عدم اعتباره ومتفق على اعتباره ومختلف فيه فكذلك نجده فى الصوم والحج والامر بالمعروف والنهى عن المنكر وتوقان الجائع للطعام عند حضور الصلاة والتأذى بالرياح الباردة فى الليلة الظلماء والمشى فى الوحل وغضب الحكام وجوعهم المانعين من استيفاء الفكر وغير ذلك وكذلك الغرر والجهالة فى البيع ثلاثة اقسام واعتبر ذلك فى جميع أبواب الفقه ﴿سؤال﴾ ما ضابط المشقة المؤثرة فى التخفيف من غيرها فانا اذا سألنا الفقهاء يقولون ذلك

• قلت ما قاله فى ذلك صحيح قال (النوع الثالث مشقة بين هذين النوعين فما قرب من العليا اوجب التخفيف وما قرب من الدنيا لم يوجبه وما توسط يختلف فيه الى آخر كلامه فيه) • قلت هذا كلام ليس بالمستقيم فانه بنى على التقسيم الى ثلاثة أقسام ثم أداه كلامه الى خمسة اقسام قسمان اولان وقسمان لاحقان بهما ثم قسم هو الاخير وهو المتوسط ولا حاجة الى هذا الكلام وهو التقسيم الذى هو على هذا الوجه الذى لا يفيد وانما الصواب انه ثلاثة أقسام أو ثلاثة أنواع متفق على اعتباره فى الاسقاط أو التخفيف ومتفق على عدم اعتباره ومختلف فيه • قال (فائدة قال بعض العلماء تختلف المشاق باختلاف رتب العبادات فما كان فى نظر الشرع اهم يشترط فى اسقاطه أشد المشاق الى آخر ما قاله فيها) قلت لم يجود سياق هذه الفائدة فان الظاهر من كلام الفقهاء ان بعضهم يعتبر فى التخفيف من المشاق التى لا تستلزمها العبادات أشدها وهو الظاهر من مذهب مالك وبعضهم يعتبر من تلك المشاق أشدها وأخفها وهذه الفائدة أدى مجموعها الى أن ذلك العالم قال بالتفصيل وهو اعتبار الاشد من المشاق دون الاخف فيما عظمت رتبته واعتبار الاشد والاخف فيما لم تعظم رتبته قال (وتحرير هاتين القاعدتين يطرد فى الصلاة الى قوله واعتبر ذلك فى جميع أبواب الفقه) • قلت ما قاله فى ذلك صحيح قال (سؤال • ما ضابط المشقة المؤثرة فى التخفيف من غيرها الى آخر جوابه)

الا تريبا نظرا للقول بان العامل فى المستثنى هو العامل فى المستثنى منه فلو عاد لجميع الجمل كما قاله الشافعى لزم توارد عوامل على معمول واحد ثم وجه الشافعية عود المستثنى المتأخر للجمل مع القول بان العامل ما قبل الا الا بتقدير استثناء عقب ما قبل الاخيرة ويكون حذف من أحدهما لدلالة الآخر عليه كما فى العطار على محلى جمع الجوامع ووجه الفرق بينهما على هذا الحكم قيله وان الشرط الذى سبب متضمن لقصد المتكلم وما هو كذلك فشأنه أن يعم جميع الجمل تكثيرا لمصلحة ذلك المقصد بخلاف الاستثناء فانه ليس متضمنا لقصد المتكلم فلم يكن من شأنه ان يعم وقد علمت ما فيه وقال المحلى على جمع الجوامع هو ان الشرط له صدر الكلام فهو مقدم تقديرا لتوقف المشروط على تحققه وان تأخر فى اللفظ بخلاف الاستثناء فانه متأخر فى التقدير أيضا لتوقف الاخراج على وجود المخرج منه فلا يلزم من عود الشرط الى الجميع لتقدمه عود الاستثناء اليه مع تأخره لان للتقدم أثرا فى عوده الى الكل لانه اذا كان متقدما يكون ما عدا الاولى معطوفة على جملة تقرر لها الجزائية والعطف للمشاركة فيناسب ان تشاركها فيما ثبت لها بخلاف الاخيرة فى الاستثناء فانها لم تعطف على ما ثبت له الاستثناء لان الاستثناء يذكر بعدها فلو عاد الى الكل لصار المعطوف عليه مشاركا للمعطوف فيما ثبت له والامر بالعكس وضعف بأن الشرط انما يتقدم على المقيد به فقط أى الذى قصد تقييده به فيمكن ان المتكلم قصد ان يجعله قيدا لبعض الجمل لا لكلها اهـ بتوضيح من العطار والله سبحانه وتعالى أعلم ﴿الفرق السادس بين قاعدتى توقف الحكم على سببه وتوقفه على شرطه﴾ كوجوب الزكاة عند النصاب والحول قالوا النصاب سبب الزكاة والحول شرطها مع اشتراكهما فى توقف وجوب الزكاة عليهما وانتفائه عند انتفاء كل واحد منهما نظرا لكون السبب كالنصاب مناسبا فى ذاته لاشتماله على الغنى ونعمة الملك فى نفسه والشرط كالحول ليس مناسبا فى ذاته بل فى غيره لكونه مكملا لنعمة الملك بالتمكن من التنمية فى جميع الحول يوضح ذلك قاعدة ان الشرع تارة يرتب الحكم عقيب أوصاف تكون كلها مناسبة فى ذاتها كالقتل العمد العدوان رتب الشارع القصاص عقيبهما فيجعل مجموعها علة وسببا

لان الجميع مناسب فى ذاته وتارة يرتبه عقيب أوصاف يكون بعضها مناسبا فى ذاته دون البعض كالنصاب والحول رتب الشارع وجوب الزكاة عقيبهما فيجعل المناسب منهما فى ذاته كالنصاب هو السبب والمناسب منهما فى غيره كالحول هو الشرط والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ الفرق السابع بين قاعدتى أجزاء العلة والعلل المجتمعة ﴾ وهو ان ما يجب وجود المعلول كالحكم عند وجود كل واحد منها بحيث يكون كل واحد منها هو جملة أو تمام ما يتوقف عليه وجزء الشىء بمعنى لا يكون وراءه شىء يتوقف عليه ويسمى علة تامة هو العلل المجتمعة وما لا يجب وجود المعلول كالحكم عند وجود كل واحد منها بحيث يكون وراءه شىء يتوقف عليه (١٢٠) ويسمى علة ناقصة هى أجزاء العلة ويوضح ذلك قاعدة ان الحكم اذا ثبت عقيب أوصاف فان رتب صاحب الشرع ذلك الحكم مع كل وصف منها فهى علل مجتمعة كوجوب الوضوء على من بال ولامس وأمذى فان كل واحد منها اذا انفرد استقل بوجوب الوضوء وكاجبار الاب لابنته معلل بالصغر والبكارة على الخلاف مع ان كل واحد منهما اذا انفرد ترتب عليه الحكم الذى هو الاجبار فتجبر الصغيرة الثيب والبكر الكبيرة المعنسة على الخلاف وان لم يرتب صاحب الشرع الحكم مع كل واحد منها فهى علة واحدة مركبة من تلك الاوصاف كالقتل العمد العدوان

﴿ الفرق الثامن بين قاعدتى جزء العلة والشرط ﴾ مع ان كل واحد منهما يلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه هو ان الشرط مناسبته فى غيره كما تقدم تقريره فى الحول فى الزكاة وجزء العلة مناسبته فى نفسه كالعمد فى القتل العمد العدوان فانه مشتمل على مناسبة العقوبة فى ذاته

﴿ الفرق التاسع بين قاعدتى الشرط والمانع ﴾ وهو ان الشرط لا بد من تقدمه على الحكم وعدمه يوجب عدمه فى جميع الاحوال التى هو فيها شرط والمانع فى الشريعة على ثلاثة أقسام ما يمنع وجوده وجود الحكم ابتداء وانتهاء كالرضاع يمنع ابتداء النكاح ويقطع استمراره اذا طرأ عليه بأن يتزوج جهالة المهد وترضع من أمه فتصير أخته فيبطل النكاح بينهما وما يمنع وجوده وجود الحكم ابتداء

الكبائر

يرجع الى العرف فيحيلون على غيرهم ويقولون لانجد ذلك ولم يبق بعد الفقهاء الا العوام وهم لا يصح تقليدهم فى الدين ثم ان الفقهاء من جملة اهل العرف فلو كان فى العرف شىء لوجدوه معلوما لهم أو معروفا ﴿جوابه﴾ هذا السؤال له وقع عند التحقيق وان كان سهلا فى بادى الرأى وينبغى ان يكون الجواب عنه ان ما لم يرد فيه الشرع بتحديد يتعين تقريبه بقواعد الشرع لان التقريب خير من التعطيل فيما اعتبره الشرع فنقول يجب على الفقيه ان يفحص عن أدنى مشاق تلك العبادة المعينة فيحققه بنص أو اجماع أو استدلال ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق مثل تلك المشقة أو اعلى منها جعله مسقطا وان كان أدنى منها لم يجعله مسقطا مثاله التأذى بالقمل فى الحج مبيح للحلق بالحديث الوارد عن كعب بن عجرة فأى مرض آذى مثله أو اعلى منه اباح والا فلا والسفر مبيح للفطر بالنص فيعتبر به غيره من المشاق ﴿سؤال﴾ آخر ما لا ضابط له ولا تحديد وقع فى الشرع على قسمين قسم اقتصر فيه على أقل ما تصدق عليه تلك الحقيقة فمن باع عبدا واشترط أنه كاتب يكفى فى هذا الشرط مسمى الكتابة ولا يحتاج الى المهارة فيها فى تحقيق هذا الشرط وكذلك شروط السلم فى سائر الاوصاف وأنواع الحرف يقتصر على مسماها دون مرتبة معينة منها والقسم الآخر ما وقع مسقطا للعبادات لم يكتف الشرع فى اسقاطها بمسمى تلك المشاق بل لكل عبادة مرتبة معينة من مشاقها المؤثرة فى اسقاطها فما الفرق بين العبادات والمعاملات ﴿جوابه﴾ العبادات مشتملة على مصالح العباد ومواهب ذى الجلال وسعادة الابد فلا يليق تفويتها بمسمى المشقة مع يسارة احتمالها ولذلك كان ترك الترخص فى كثير من العبادات اولى ولان تعاطى العبادة مع المشقة أبلغ فى اظهار الطواعية وأبلغ فى التقرب ولذلك قال عليه السلام أفضل العبادات أحمزها أى أشقها وقال أجرك على قدر نصبك وأما المعاملات فتحصل مصالحها التى بذلت الاعواض فيها بمسمى حقائق الشرع والشروط بل التزام غير ذلك يؤدى الى كثرة الخصام ونشر الفساد واظهار العناد ويلحق بتحرير هاتين القاعدتين الفرق بين قاعدة الصغائر وقاعدة الكبائر والفرق بين قاعدة الكبائر وقاعدة الكفر وما الفرق بين أعلى رتب الصغائر وأدنى رتب

قلت وما قاله فى ذلك أيضا صحيح قال (سؤال آخر ما لا ضابط له ولا تحديد وقع فى الشرع على قسمين الى آخر جوابه) قلت وما قاله أيضا فى ذلك صحيح قال (ويلحق بتحرير هاتين القاعدتين الفرق بين قاعدة الصغائر والكبائر الى قوله وانما الخلاف فى التسمية والاطلاق) قلت ليس الخلاف فى ذلك فى مجرد الاطلاق فان المعنى عند من قال كل ذنب كبيرة انما هو مخالفة الله ومخالفة الله تعالى على الاطلاق أمر كبير وما أراه يخالف فى ذلك أحد والمعنى عند من قال ان من الذنوب صغائر ومنها كبائر انما هو منها ما الذم عليه والعقوبة

ثم كالاستبراء يمنع ابتداء العقد على المستبرأة ولا يبطل النكاح اذا طرأ عليه بأن تكره الزوجة على الزنا فيجب استبراؤها على الزوج خشية اختلاط نسب بالمتولد من الزنا ولأنه يلاعن حينئذ اذا تبين له ان الولد من الزنا وتجب عليه الملاعنة وما اختلف فى كون وجوده يمنع وجود الحكم ابتداء وانتهاء كالاول أو ابتداء فقط كالثانى وله ثلاث صور • أحدها الماء يمنع وجوده من التيمم ابتداء وفى منعه بعد الدخول فى الصلاة اذا طرأ عليه فيبطلها أم لا فلا يبطلها خلاف • الثانية الطول يمنع من نكاح الامة ابتداء على الصحيح وفى منعه بعد نكاح الامة اذا طرأ عليه فيبطله أم لا فلا يبطله خلاف • الثالثة الاحرام يمنع من (١٢١) وضع اليد على الصيد ابتداء وفى منعه اذا طرأ على وضع اليد على الصيد فى زمن الحل فيجب ارساله أم لا فلا يجب ارساله خلاف

﴿ الفرق العاشر بين قاعدتى الشرط وعدم المانع ﴾ مع ان كل واحد من عدم المانع ووجود الشرط معتبر فى ترتيب الحكم عليه ولا يلزم من تقرر وجوده ولا عدمه ألا ترى ان الحيض مانع من الصلاة وبعدمه لا تجب لاجل الاغماء وان عدم الدين شرط فى وجوب الزكاة ولا تجب به لعدم النصاب فكل من عدم الدين وعدم الحيض لا يلزم من تقرره وجود ولا عدم وان لزم من فقدانه العدم فهما فى غاية الالتباس حتى انك لا تجد فقيها الا وهو يقول عدم المانع شرط ولا يفرق بينهما البتة وهو ليس بصحيح لما يلزم عليه من اجتماع النقيضين فيما اذا شككنا فى طريان المانع وذلك ان القاعدة ان الشك فى أحد النقيضين يوجب الشك فى الآخر بالضرورة فاذا شككنا فى وجود المانع فقد شككنا فى عدمه بالضرورة وعدمه شرط عند هذا القائل فيجتمع الشك فى المانع والشرط والقاعدة المجمع عليها ان كل مشكوك فيه ملغى فى الشريعة فاذا شككنا فى السبب أو فى الشرط لم نرتب عليه حكما أو فى المانع رتبنا الحكم فاذا شك فى الطلاق الذى هو سبب زوال العصمة لم نرتب عليه زوالها بل نستصحب الحال المتقدمة وكذا الشك فى زوال الشمس يقتضى عدم وجوب الظهر ونظائره كثيرة واذا شككنا فى الطهارة التى هى شرط فى صحة الصلاة لم نقدم على الصلاة واذا شككنا فى ردة زيد قبل

الكبائر وما الفرق بين أعلى رتب الكبائر وأدنى رتب الكفر وهذه مواضع شاقة الضبط عسيرة التحرير وفيها غوامض صعبة على الفقيه والمفتى عند حلول النوازل فى الفتاوى والاقضية واعتبار حال الشهود فى التجريح وعدمه وانا ألخص من ذلك ما تيسر وما لا أعرفه وعجزت قدرتى عنه فحظى منه معرفة اشكاله فان معرفة الاشكال علم فى نفسه وفتح من الله تعالى • فأقول ان الكبيرة قد اختلف فيها هل تختص ببعض الذنوب والمعاصى أم لا فقال امام الحرمين وغيره ان كل معصية كبيرة نظرا الى من عصى بها وكأنهم كرهوا أن تسمى معصية الله تعالى صغيرة اجلالا له تعالى وتعظيما لحدوده مع انهم وافقوا فى الجرح انه لا يكون بمطلق المعصية وان من الذنوب ما يكون قادحا فى العدالة ومنها ما لا يكون قادحا هذا مجمع عليه وانما الخلاف فى التسمية والاطلاق وقال جماعة بل الذنوب منقسمة الى صغائر وكبائر وهذا هو الاظهر من جهة الكتاب والسنة والقواعد أما الكتاب فقوله تعالى وكره اليكم الكفر والفسوق والعصيان فجعل الكفر رتبة والفسوق رتبة ثانية والعصيان يلى الفسوق وهو الصغائر فجمعت الآية بين الكفر والكبائر والصغائر وتسمى بعض المعاصى فسوقا دون البعض وأما السنة فقوله عليه السلام الكبائر سبع وعدها الى آخرها فخص الكبائر ببعض الذنوب وأما القواعد فلان ما عظمت مفسدته ينبغى أن يسمى كبيرة تخصيصا له باسم يخصه وعلى هذا القول الكبيرة ما عظمت مفسدتها والصغيرة ما قلت مفسدتها فيكون ضابط ما ترد به الشهادة أن يحفظ ما ورد فى السنة انه كبيرة فيلحق به ما فى معناه وما قصر عنه فى المفسدة لا يقدح فى الشهادة

به ان نفذ على مرتكبه الوعيد أشد ومنها ما الذم عليه والعقوبة به ان نفذ على مرتكبه الوعيد أخف وما أراه يخالف فى هذا أيضا أحد فلا خلاف اذا فان المعنيين متغايران وكل واحد منهما متفق عليه واذا لم يكن خلاف فى المعنى فلا يصح ان يتأتى اللفظ الا على الوجه الذى أشار اليه من كراهية تسمية معصية الله تعالى صغيرة اجلالا له وتعظيما لحدوده فيؤول الامر الى منع ذلك الاطلاق عند بعضهم الا فى محل تبين تفاوت الذم والعقاب ان نفذ الوعيد والى تجويز ذلك الاطلاق مطلقا عند بعضهم قال (وقال بعضهم بل الذنوب منقسمة الى صغائر وكبائر الى آخر قوله تخصيص الكبائر ببعض الذنوب) • قلت ما أورده من الكتاب والسنة ظواهر ولعل المرام القطع فى المسألة ان كان المراد المعنى وهو تفاوت الذم والعقاب قال (وأما القواعد فلان ما عظمت مفسدته ينبغى أن يسمى كبيرة الى قوله والصغيرة ما قلت مفسدتها) • قلت القواعد المستفادة من الكتاب والسنة تقتضى القطع بالتفاوت بين الذنوب فى الذم والعقاب ان نفذ الوعيد قال (فيكون ضابط ما ترد به الشهادة أن يحفظ ما ورد فى السنة انه كبيرة فيلحق به ما فى معناه وما قصر عنه فى المفسدة لا يقدح فى الشهادة) قلت ما قاله هنا صحيح

الأشباه والنظائر

في

قواعد وفروع فقه الشافعية

تأليف

الإمام جلال الدين عبد الرحمن السيوطي

المتوفى سنة ٩١١ هـ

الطبعة الأخيرة

١٣٧٨ هـ - ١٩٥٩ م

شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر

قال السبكي في فتاويه : فلو لم يكن إمام ، فهل لغير الأحوج أن يتقدم بنفسه فيما بينه وبين الله تعالى ، إذا قدر على ذلك ، ملت إلى أنه لايجوز :

واستنبطت ذلك من حديث «إنما أنا قاسم ، والله المعطي» :

قال : ووجه الدلالة : أن التمليك والاعطاء إنما هو من الله تعالى لامن الامام ، فليس للإمام أن يملك أحدا إلا ماملكه الله : وإنما وظيفة الامام القسمة . والقسمة لابد أن تكون بالعدل :

ومن العدل : تقديم الأحوج والتسوية بين متساوي الحاجات : فاذا قسم بينهما ودفعه إليهما ، علمنا أن الله ملكهما قبل الدفع . وأن القسمة إنما هي معينة لما كان مبهما ، كما هو بين الشريكين ، فاذا لم يكن إمام وبدر أحدهما واستأثر به ، كان كما لو استأثر بعض الشركاء بالماء المشترك ، ليس له ذلك :

قال : ونظير ذلك ماذكره الماوردي في باب التيمم : أنه لو ورد اثنان على ماء مباح وأحدهما أحوج ، فبدر الآخر وأخذ منه : أنه يكون مسيئا :

ومنها : وقع بعد السبعمائة ببلاد الصعيد ، أن عبدا انتهى الملك فيه لبيت المال فاشترى نفسه من وكيل بيت المال : فأفتى جلال الدين الدشناوي بالصحة ، فرفعت الواقعة إلى القاضي شمس الدين الأصبهاني فقال : لايصح ، لأنه عقد عتاقة ، وليس لوكيل بيت المال أن يعتق عبد بيت المال :

قال ابن السبكي في التوشيح : والصواب ماأفتى به الدشناوي ، فان هذا العتق إنما وقع بعوض ، فلا تضييع فيه على بيت المال :

القاعدة السادسة

الحدود : تسقط بالشبهات

قال صلى الله عليه وسلم «ادرءوا الحدود بالشبهات» أخرجه ابن عدي ، في جزء له من حديث ابن عباس :

وأخرج ابن ماجه من حديث أبي هريرة «ادفعوا الحدود مااستطعتم» :

وأخرج الترمذي والحاكم والبيهقي وغيرهم من حديث عائشة «ادرءوا الحدود عن المسلمين مااستطعتم ، فان وجدتم للمسلم مخرجا ، فخلوا سبيله ، فان الامام لأن يخطئ في العفو خير من أن يخطئ في العقوبة» :

وأخرجه البيهقي عن عمر ، وعقبة بن عامر ، ومعاذ بن جبل موقوفا :

وأخرج من حديث علي مرفوعا «ادرءوا الحدود» فقط :

وقال مسدد في مسنده : حدثنا يحيي القطان ، عن شعبة ، عن عاصم ، عن أبي وائل

عن ابن مسعود : قال «ادرءوا الحدود بالشبهة» وهو موقوف ، حسن الاسناد .

وخرج الطبراني عنه موقوفا «ادرءوا الحدود ، والقتل عن عباد الله ما استطعتم» :

الشبهة تسقط الحد

سواء كانت في الفاعل ، كمن وطئ امرأة ظنها حليلته أو في المحل ، بأن يكون للواطئ فيها ملك أو شبهة : كالأمة المشتركة ، والمكاتبة : وأمة ولده ومملوكته المحرم أو في الطريق بأن يكون حلالا عند قوم ، حراما عند آخرين ، كنكاح المتعة ، والنكاح بلا ولي أو بلا شهود ، وكل نكاح مختلف فيه ، وشرب الخمر للتداوي. وإن كان الأصح تحريمه ، لشبهة الخلاف :

وكذا يسقط الحد بقذف من شهد أربعة بزناها ، وأربع أنها عذراء ، لاحتمال صدق بينة الزنا ، وأنها عذراء لم تزل بكارتها بالزنا : وسقط عنها الحد لشبهة الشهادة بالبكارة :

ولا قطع بسرقة مال أصله ، وفرعه وسيده ، وأصل سيده وفرعه ، لشبهة استحقاق النفقة وسرقة ما ظنه ملكه ، أو ملك أبيه أو ابنه .

ولو ادعى كون المسروق ملكه : سقط القطع ، نص عليه للشبهة : وهو اللص الظريف

ونظيره : أن يزني بمن لا يعرف أنها زوجته . فيدعي أنها زوجته ، فلا حد : —

ولا يقتل فاقد الطهورين بترك الصلاة متعمدا ، لأنه مختلف فيه : وكذا من مس أو لمس وصلى متعمدا وهو شافعي ، أو توضأ ولم ينو : ذكره القفال في فتاويه .

ويسقط القصاص أيضا بالشبهة :

فلو قد ملفوفا وزعم موته ، صدق الولي ولكن تجب الدية دون القصاص للشبهة :

ولو قتل الحر المسلم : من لا يدرى ، أمسلم أو كافر ؟ وحر أو عبد ؟ فلا قصاص : للشبهة نقله في أصل الروضة ، عن البحر :

تنبيه

الشبهة : لا تسقط التعزير ، وتسقط الكفارة

فلو جامع ناسيا في الصوم أو الحج ، فلا كفارة للشبهة :

وكذا لو وطئ على ظن أن الشمس غربت ، أو أن الليل باق ، وبان خلافه ، فإنه يفطر ، ولا كفارة :

قال القفال : ولا تسقط الفدية بالشبهة ، لأنها تضمنت غرامة بخلاف الكفارة فإنها تضمنت عقوبة : فالتحقت في الاسقاط بالحد ، وتسقط الاثم والتحريم ، إن كانت في الفاعل دون المحل :

تنبيـــه

شرط الشبهة : أن تكون قوية ، وإلا فلا أثر لها

ولهذا يحد بوطء أمة أباحها السيد ، ولا يراعى خلاف عطاء فى إباحة الجوارى للوطء وفى سرقة مباح الأصل ، كالحطب ونحوه : وفى القذف على صورة الشهادة .

ولو قتل مسلم ذميا ، فقتله ولى الذمى : قتل به وإن كان موافقا لرأى أبى حنيفة :

ومن شرب النبيذ حد ، ولا يراعى خلاف أبى حنيفة :

القاعدة السابعة

الحر : لايدخل تحت اليد

ولهذا : لو حبس حرا ، ولم يمنعه الطعام حتى مات حتف أنفه ، أو بانهدام حائط ونحوه ، لم يضمنه :

ولو كان عبدا ضمنه ، ولا يضمن منافعه : مادام فى حبسه ، إذا لم يستوفها ويضمن منافع العبد :

ولو وطئ حرة بشبهة فأحبلها ، وماتت بالولادة : لم تجب ديتها فى الأصح ؛

ولو كانت أمة وجب القيمة .

ولو طاوعته حرة على الزنا ، فلا مهر لها بالاجماع ؛

ولو طاوعته أمة : فلها المهر ، فى رأى لأن الحق للسيد ، فلا يؤثر إسقاطها ، وإن كان الأصح خلافه ؛

ولو نام عبد على بعير فقاده ، وأخرجه عن القافلة ، قطع ، أو حر فلا فى الأصح ؛

ولو وضع صبيا حرا فى مسبعة ، فأكله السبع ؛ فلا ضمان فى الأصح ، بخلاف مالو كان عبدا

ولو كانت امرأة تحت رجل وادعى أنها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها ، لا على الرجل ، لأن الحرة لاتدخل تحت اليد ؛

ولو أقام كل بينة : أنها زوجته ، لم تقدم بينة من هى تحته ، لما ذكرنا ، بل لو أقاما بينتين على خلية ، سقطتا ؛

ولو كان فى يد المدبر مال ، فقال : كسبته بعد موت السيد فهو لى ، وقال الوارث : بل قبله فهو لى ، صدق المدبر بيمينه لأن اليد له بخلاف دعواها الولد ، لأنها تزعم أنه حر والحر لايدخل تحت اليد ، وثياب الحر وما فى يده من المال لايدخل فى ضمان الغاصب لأنها فى يد الحر حقيقة ، وكذا لو كان صغيرا أو مجنونا على الأصح ؛

القاعدة الثامنة

الحريم له حكم ماهو حريم له

الأصل فى ذلك قوله صلى الله عليه وسلم « الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات لايعلمهن كثير من الناس فمن اتقى الشبهات ، فقد استبرأ لدينه وعرضه ، ومن وقع فى الشبهات وقع فى الحرام ، كالراعى يرعى حول الحمى ، يوشك أن يرتع فيه » الحديث ، أخرجه الشيخان :

قال الزركشى : الحريم يدخل فى الواجب ، والحرام والمكروه وكل محرم له حريم يحيط به ، والحريم : هو المحيط بالحرام ، كالفخذين فانهما حريم للعورة الكبرى :

وحريم الواجب : مالا يتم الواجب إلا به :

ومن ثم وجب غسل جزء من الرقبة والرأس مع الوجه ليتحقق غسله وغسل جزء من العضد ، والساق مع الذراع وستر جزء من السرة والركبة مع العورة ، وجزء من الوجه مع الرأس للمرأة ، وحرم الاستمتاع بما بين السرة والركبة فى الحيض لحرمة الفرج .

ضابط

كل محرم فحريمه حرام إلا صورة واحدة ، لم أر من تفطن لاستثنائها ، وهى دبر الزوجة ، فانه حرام ، وصرحوا بجواز التلذذ بحريمه ، وهو مابين الأليتين «

فصل

ويدخل فى هذه القاعدة حريم المعمور ، فهو مملوك لمالك المعمور فى الأصح ولا يملك بالاحياء قطعا :

وحريم المسجد ، فحكمه حكم المسجد ، ولايجوز الجلوس فيه للبيع ولا للجنب ، ويجوز الاقتداء فيه بمن فى المسجد ، والاعتكاف فيه :

وضابط حريم المعمور : تعرضوا له فى باب إحياء الموات .

وأما رحبة المسجد فقال فى شرح المهذب ، قال صاحب الشامل والبيان : هى ما كان مضافا إلى المسجد ، وعبارة المحاملى : هى المتصلة به خارجه .

قال النووى : وهو الصحيح خلافا لقول ابن الصلاح إنها صحنه وقال البندنيجى : هى البناء المبنى بجواره متصلا به ، وقال القاضى أبو الطيب : هو ماحواليه ، وقال الرافعى الأكثرون على عد الرحبة منه ، ولم يفرقوا بين أن يكون بينها وبين المسجد طريق أم لا ، وهو المذهب ، وقال ابن كج : إن انفصلت عنه فلا «

القاعدة التاسعة

إذا اجتمع أمران من جنس واحد ، ولم يختلف مقصودهما ، دخل أحدهما فى الآخر غالبا :

فمن فروع ذلك .

إذا اجتمع حدث وجنابة ، كفى الغسل على المذهب : كما لو اجتمع جنابة وحيض :

ولو باشر المحرم فيما دون الفرج ، لزمته الفدية :

فلو جامع دخلت فى الكفارة على الأصح ، بناء على تداخل الحدث فى الجنابة :

ولو اجتمع حدث ونجاسة حكمية كفت لهما غسلة واحدة فى الأصح ، عند النووى :

ولو جامع بلا حائل ، فعن المسعودي : أنه لايوجب غير الجنابة واللمس : الذى يتضمنه يصير مغمورا به كخروج الخارج الذى يتضمنه الإنزال :

والأكثرون قالوا : يحصل الحدثان ، لأن اللمس يسبق حقيقة الجماع بخلاف الخروج فانه مع الإنزال :

ولو دخل المسجد وصلى الفرض دخلت فيه التحية :

ولو دخل الحرم محرما ، بحج فرض أو عمرة ، دخل فيه الإحرام لدخول مكة :

ولو طاف القادم عن فرض أو نذر ، دخل فيه طواف القدوم ، بخلاف ما و طاف الإفاضة لايدخل فيه طواف الوداع . لأن كلا منهما مقصود فى نفسه ، ومقصودهما مختلف وبخلاف ما لو دخل المسجد الحرام ، فوجدهم يصلون جماعة فصلاها ، فانه لايحصل له تحية البيت ، وهو الطواف ، لأنه ليس من جنس الصلاة .

ولو صلى : عقيب الطواف فريضة ، حسبت عن ركعتى الطواف ؛ اعتبارا بتحية المسجد ؛ نص عليه فى القديم ، وليس فى الجديد ما يخالفه . وقال النووى : إنه المذهب .

ولو تعدد السهو فى الصلاة : لم يتعدد السجود بخلاف جبرانات الإحرام ، لاتتداخل لأن القصد بسجود السهو رغم أنف الشيطان . وقد حصل بالسجدتين آخر الصلاة .

والمقصود بجبرانات الإحرام : جبر هتك الحرمة ، فلكل هتك جبر فاختلف المقصود

ولو زنا بكر ، أو شرب خمرا ، أو سرق مرارا . كفى حد واحد :

قال الرافعى : وهل يقال وجب لها حدود ، ثم عادت إلى حد واحد ، أو لم يجب إلا حد واحد ؛ وجعلت الزنيات كالحركات فى زنية واحدة ؟ ذكروا فيه احتمالين .

ولو زنا أو شرب ، فأقيم عليه بعض الحد . فعاد إلى الجريمة ، دخل الباقى فى الحد الثانى :

وكذا لو زنا فى مدة التغريب : غرب ثانيا ودخلت فيه بقية المدة :

ولو قذفه مرات : كفى حد واحد أيضا فى الأصح :

ولو زنا وهو بكر ، ثم زنا وهو ثيب : فهل يكتفى بالرجم ؟ وجهان فى أصل الروضة

بلا ترجيح ؛ وجه المنع : إختلاف جنسهما : لكن صحح البارزى فى التمييز : التداخل ؛ بخلاف مالو سرق ، وزنى ، وشرب وارتد : فلا تداخل لاختلاف الجنس :

ولو سرق وقتل فى المحاربة : فهل يقطع ، ثم يقتل ، أو يقتصر على القتل والصلب ؛ ويندرج حد السرقة فى حد المحاربة ؟ وجهان ، فى الروضة بلا ترجيح :

ولو وطئ فى نهار رمضان مرتين ، لم تلزمه بالثانى كفارة ، لأنه لم يصادف صوما : بخلاف مالو وطئ فى الإحرام ثانيا ، فان عليه شاة . ولا تدخل فى الكفارة لمصادفته إحراما لم يحل منه :

ولو لبس ثوبا مطيبا ، فرجح الرافعى لزوم فديتين . وصحح النووى واحدة لاتحاد الفعل وتبعية الطيب .

ولو قتل المحرم صيدا فى الحرم . لزمه جزاء واحد ، وتداخلت الحرمتان فى حقه لأنهما من جنس واحد ، كالقارن إذا قتل صيدا ، لزمه جزاء واحد ، وإن كان قد هتك به حرمة الحج والعمرة .

ولو أحرم المتمتع بالعمرة ، فجرح صيدا ثم أحرم بالحج ، فجرحه جرحا آخر ، ثم مات . فهل يلزمه جزاءان ؟ .

قال الشيخ أبو إسحاق فى الملخص : هذه المسألة لا يعرف فيها نقل :

فلو كشط جلدة الرأس ، فلا فدية ، والشعر تابع :

قال الرافعى : وشبهوه بما لو أرضعت أم الزوج زوجته . يجب المهر ، ولو قتلها لم يجب :

ولو تكرر الوطء بشبهة واحدة ، تداخل المهر بخلاف ما إذا تعدد جنس الشبهة ؛

ولو وطئ بشبهة بكرا وجب أرش البكارة ولا تداخل لاختلاف الجنس والمقصود فان أرش البكارة يجب إبلا : والمهر : نقدا ، والأرش : للجناية : والمهر للاستمتاع :

ولو قطع كامل الأصابع يدا ناقصة إصبعا ؛ فان التقط أصابعه الأربعة ، فله حكومة أربعة أخماس الكف ولا يتداخل ، لأنها ليست من جنس القصاص وله حكومة خمس الكف أيضا ، وإن أخذ دية الأصابع الأربع ، فلا حكومة لمنابتها من الكف ، لأنها من جنس الدية فدخلت فيها ، وله حكومة خمس الكف لاختلاف الجهة :

ولو أزال أطرافا ولطائف ، ثم مات سراية ، أو حز : دخلت فى دية النفس :

ولو كان أحد الفعلين عمدا والآخر خطأ ، فلا تداخل للاختلاف فان دية العمد مثلثة حالة على الجانى ، ودية الخطأ مخمسة ، مؤجلة على العاقلة .

ولو قطع الأجفان وعليها أهداب ، دخلت حكومتها فى ديتها ، وكذا تدخل حكومة الشعر فى دية الموضحة ، والشارب فى دية الشفة . والأظفار والكف : فى دية الأصابع :

والسنخ فى دية السن : والذكر فى دية الجشفة ، والثدى : فى دية الحلمة ، على الأصح فى الكل .

وكذا حكومة قصبة الأنف فى دية المارن ، على ما قاله الإمام إنه الظاهر وصححه فى أصل الروضة : وقال فى المهمات : الفتوى على خلافه :

ولا يدخل أرش الجرح فى دية العقل ، ولا الأسنان : فى اللحيين . ولا الموضحة : فى الأذنين ، ولا حكومة جرح الصدر فى دية الثدى ، ولا العانة فى دية الذكر ، والشفرين لاختلاف محل الجناية فيها .

ولو لزمها عدتا شخص من جنس ، بأن طلق ، ثم وطئ فى العدة . تداخلتا . بخلاف ما إذا كانتا لشخصين ، بأن وطىء غيره بشبهة ، فلا تداخل .

ولو كانتا لواحد ، واختلف الجنس ، بأن كانت الأولى بغير الحمل : والثانية به ، فوجهان ، أصحهما : التداخل . وقيل : لا ، لاختلاف الجنس :

والوجهان مبنيان على أن التداخل فى العدد هل هو سقوط الأولى ، والاكتفاء بالثانى أو انضمام الأولى للثانى ، فيؤديان بانقضاء مدة واحدة ؟ ، وفيه وجهان ، فعلى الأول : يتداخل : وعلى الثانى : لا :

وقد علمت ما أوردناه من الفروع : مع احترازنا عنه بقولنا «من جنس واحد» وبقولنا «ولم يختلف مقصودهما» وقولنا «غالبا» :

القاعدة العاشرة

إعمال الكلام أولى من إهماله

من فروعه :

ما لو أوصى بطبل ، وله طبل لهو ، وطبل حرب : صح ، وحمل على الجائز ، نص عليه :

وألحق به القاضى حسين : ما لو كان له زق خمر ، وزق خل ، فأوصى بأحدهما : صح ، وحمل على الخل :

ومنها : لو قال لزوجته ، وحمار : أحدكما طالق ، فإنها تطلق ، بخلاف ما لو قال ذلك لها ، ولأجنبية : وقصد الأجنبية : يقبل فى الأصح : لكون الأجنبية من حيث الجملة قابلة :

ومنها : لو وقف على أولاده ، وليس له إلا أولاد أولاد . حمل عليهم : كما جزم به الرافعى . لتعذر الحقيقة . وصونا للفظ عن الإهمال .

ونظيره : ما لو قال : زوجاتى طوالق : وليس له إلا رجعيات : طلقن قطعا ، وإن كان فى دخول الرجعية فى ذلك مع الزوجات خلاف :

ومنها : قال لزوجته : إن دخلت الدار أنت طالق ، بحذف الفاء ، فإن الطلاق لا يقع قبل الدخول ، صونا للفظ عن الإهمال .

وقال محمد بن الحسن ، صاحب أبي حنيفة : يقع ، لعدم صلاحية اللفظ للجزاء ، بسبب عدم الفاء ، فحمل على الاستئناف . ونقل الرافعي : عدم الوقوع عن جماعة ، ثم نقل عن البوشنجي : أنه يسأل ، فإن قال : أردت التنجيز ، حكم به .

قال الأسنوي : وما قاله البوشنجي لا إشكال فيه ، إلا أنه يشعر بوجوب سؤاله .

ومنها : قال لزوجته في مصر : أنت طالق في مكة ، ففي الرافعي ، عن البويطي : أنها تطلق في الحال ؛ وتبعه في الروضة .

قال الأسنوي : وسببه : أن المطلقة في بلد مطلقة في باقي البلاد ؛

قال : لكن رأيت في طبقات العبادي ، عن البويطي : أنها لا تطلق ، حتى تدخل مكة ؛

قال : وهو متجه ، فإن حمل الكلام على فائدة أولى من إلغائه ؛

قال : وقد ذكر الرافعي قبل ذلك بقليل ، عن إسماعيل البوشنجي مثله ، وأقره عليه .

ومنها : وقع في فتاوى السبكي : أن رجلا وقف عليه ، ثم على أولاده ، ثم على أولادهم ونسله ، وعقبه ، ذكرا وأنثى للذكر مثل حظ الأنثيين ، على أن من توفي منهم عن ولد أو نسل ، عاد ما كان جاريا عليه من ذلك على ولده ، ثم على ولد ولده ، ثم على نسله على الفريضة ، وعلى أن من توفي من غير نسل ، عاد ما كان جاريا عليه ؛ على من في درجته ، من أهل الوقف المذكور ، يقدم الأقرب إليه فالأقرب ، ويستوى الأخ الشقيق والأخ من الأب . ومن مات من أهل الوقف قبل استحقاقه لشيء من منافع الوقف ، وترك ولدا ، أو أسفل منه استحق ما كان يستحقه المتوفى ، لو بقي حيا إلى أن يصير إليه شيء من منافع الوقف المذكور ، وقام في الاستحقاق مقام المتوفى ؛ فإذا انقرضوا ؛ فعلى الفقراء ؛

وتوفي الموقوف عليه وانتقل الوقف إلى ولديه : أحمد ، وعبد القادر ، ثم توفي عبد القادر ، وترك ثلاثة أولاد ، هم علي ، وعمر ، ولطيفة ، وولدي ابنه محمد ، المتوفى في حياة والده . وهما : عبد الرحمن ، وملكة ؛

ثم توفي عمر من غير نسل ، ثم توفيت لطيفة ، وتركت بنتا . تسمى فاطمة ، ثم توفي علي وترك بنتا تسمى : زينب ، ثم توفيت فاطمة بنت لطيفة عن غير نسل . فإلى من ينتقل نصيب فاطمة المذكورة ؟

فأجاب : الذي يظهر لي الآن أن نصيب عبد القادر جميعه ، يقسم هذا الوقف على ستين جزءا لعبد الرحمن : منه اثنان وعشرون ، ولملكة : أحد عشر ، ولزينب :

القواعد

في الفقه الإسلامي

للحافظ أبي الفرج عبد الرحمن بن رجب الحنبلي المتوفى سنة ٧٩٥ هـ

٧٣٦ - ٧٩٥ هـ

١٣٣٥ - ١٣٩٣ م

راجعه وقدم له وعلق عليه

طه عبد الرءوف سعد

الطبعة الأولى

١٣٩٢ هـ - ١٩٧٢ م

الناشر

مكتبة الكليات الأزهرية

حسين محمد امبابي

٩ شارع الصنادقية بميدان الأزهر

ت ٩٣١٢٩٦

القاعدة الخامسة والأربعون بعد المائة

المعتدة البائن فى حكم الزوجات فى مسائل :

منها : أن المبتوتة فى مرض الموت ترث فى العدة دون ما بعدها على إحدى الروايتين ؛ لأن الطلاق مانع من الإرث فلما قصد به الفرار من الحق المنعقد سببه ضعف منه فلم يعمل فى المنع مادامت على الزوجية قائمة .

ومنها : تحريم نكاح الأخت فى عدة أختها البائن . والخامسة فى عدة الرابعة تنزيلا لحالة العدة منزلة حالة النكاح .

ومنها : أن العدتين من رجلين لايتداخلان فإذا وطئت البائن بشبهة فى عدتها أتمت عدة الأول واستأنفت العدة للثانى على المذهب فلا تكون محبوسة على رجلين فى عدة واحدة ، كما لايحبس عليهما فى نكاح واحد ، وإن كان الواطىء بشبهة هو الزوج تداخلت العدتان لأنهما من رجل واحد ، إلا أن تحمل من أحد الوطئين ففى التداخل وجهان لكون العدتين من جنسين ، وذكر أبو بكر فيما إذا وطئت زوجة الطفل ثم مات عنها ثم وضعت قبل تمام عدة الوفاة أنها لاتحل له حتى تكمل عدة الوفاة ، قال الشيخ مجد الدين وظاهر هذا تداخل العدتين .

ومنها : لو طلق المدخول بها طلاقاً بائناً ثم نكحها فى العدة ثم طلقها قبل الدخول ففيها طريقان . أحدهما : أنها على الروايتين فى الرجعية إذا روجعت أو طلقت فى العدة قبل الإصابة هل تبنى أو تستأنف وهو المذكور فى المجرد والفصول والمحرر . والثانى : تبنى هنا رواية واحدة وهو مافى تعليق القاضى وعمد الأدلة لانقطاع النكاح الثانى عن الأول بالبينونة بخلاف الرجعية .

ومنها : لو مات مسلم وزوجته ذمية فأسلمت فى العدة قبل قسمة الميراث فنص أحمد فى رواية البرزاطى على أنها ترث مالم تنقض عدتها ، وعلى هذا فلو أسلمت المرأة أولا ثم ماتت فى مدة العدة لم يرثها زوجها الكافر ولو أسلم قبل القسمة لانقطاع علق الزوجية عنه بموتها ، وحكى القاضى عن أبى بكر أن الزوجين لايتوارثان بالإسلام قبل القسمة بحال ، قال وظاهر كلام الأصحاب خلافه وأنه لافرق فى ذلك بين الزوجين وغيرهما كما يرث الزوجان من الدية سواء قيل بحدوثها على ملكهم أو على ملك الموروث ، ولم يذكر القاضى المنصوص عن أحمد ، وأما نفقة البائن فإن كانت بفسخ أو طلاق فلها السكنى والنفقة مع الحمل وإلا فلا ، هذا ظاهر المذهب لأن النفقة فى مقابلة التمكين من الاستمتاع ولهذا لم يجب قبل التسليم ولا مع النشوز وعنه لها السكنى خاصة إذا لم تكن حاملا ، وعنه لها النفقة والسكنى حكاها ابن الزاغونى وغيره مطلقا ، وقيل هى كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول بإذن الزوج مطلقاً .

القاعدة السادسة والأربعون بعد المائة

تفارق المطلقة الرجعية الزوجات في صور :

منها : أن في إباحتها في مدة العدة روايتين ، وعلى رواية التحريم فهل يجب لها المهر بالوطء ؟ على وجهين .

ومنها : إن طلاقها في مدة العدة طلاق بدعة على أصح الروايتين .

ومنها : أن الإيلاء منها هل يصح منها ؟ على روايتين .

ومنها : هل يصح اختيارها لزوجها إذا أعتقت تحت عبد ؟ على وجهين .

ومنها : لو نكحت المطلقة ثلاثاً زوجاً آخر فخلى بها ثم طلقها وقلنا تجب عليها العدة بالخلوة وتثبت الرجعة وهو ظاهر المذهب ثم وطئها في مدة العدة فهل يحلها لزوجها الأول ؟ على روايتين ، حكاهما صاحب الترغيب .

ومنها : إذا علقت الرجعية في مدة العدة بولد فهل تلحق بمطلقها أم لا ؟ على روايتين .

ومنها : أن المعتدة من أجنبي من طفلها هل تعود إلى حضانته في مدة الرجعة أم لا تعود حتى تنقضي عدتها ؟ على وجهين .

ومنها : لو مات زوج الرجعية فهل تنتقل إلى عدة الوفاة أو تعتد بأطولها ؟ على روايتين .

ومنها : أن الرجعية يجب عليها لزوم منزلها لحق الله تعالى كالمتوفى عنها نص عليه أحمد في رواية أبي داود وذكره القاضي في خلافه وصاحب المحرر ، وقيل هي كالزوجة يجوز لها الخروج والتحول بإذن الزوج مطلقاً .

القاعدة السابعة والأربعون بعد المائة

أحكام النساء على النصف من أحكام الرجال في مواضع :

منها : الميراث والدية ، والعقيقة عن الغلام شاتان وعن الجارية شاة .

ومنها : الشهادة والعتق ، فيعدل عتق امرأتين بعتق رجل في الفكاك من النار ، كما دل عليه

الحديث ، وحكى ابن أبي موسى فى المسألة روايتين . إحداهما : كذلك . والثانية – وجعلها الم...
أن عتق العبد والأمة فى ذلك سواء .

ومنها : عطية الأولاد فى الحياة فإن المشروع عندنا أن يكون على سبيل الميراث خلافاً لابن...

ومنها : الصلاة فإن المرأة تسقط عنها الصلاة أيام الحيض ، وأكثر الحيض على ظاهر المذ...
خمسة عشر يوما وهو نصف الشهر .

القاعدة الثامنة والأربعون بعد المائة

من أدلى بوارث وقام مقامه فى استحقاق إرثه سقط به ، وإن أدلى به ولم يرث
ميراثه لم يسقط به ، ويتخرج على ذلك مسألتان :

إحداهما : ولد الأم يدلون بالأم ويرثون معها لأنهم يرثون بالأخوة لا بالأمومة .

والثانية : الجدة أم الأب ترث مع الأب على ظاهر المذهب لأنها ترث ميراث جدة لا ميراث ...

درر الحكام

شرح مجلة الأحكام

تأليف
علي حيدر
الرئيس الأول لمحكمة التمييز
وأمين الفتيا ووزير العدلية في الدولة العثمانية
ومدرس مجلة الأحكام العدلية بمدرسة الحقوق بالآستانة

تعريب
المحامي فهمي الحسيني

الكتاب الأول

البيوع

منشورات
مكتبة النهضة
بيروت - بغداد

﴿ المادة ٢٣ ﴾ ما جاز لعذر بطل بزواله

يعني ان الاشياء التي تجوز بناء على الاعذار والضرورات اذا زالت تلك الاعذار والضرورات بطل الجواز فيها • مثال ذلك : الشهادة على الشهادة انما جوزت بناء على عدم تمكن الشاهد الاصيل من حضور مجلس الحكم لمرض مقعد او غيبة بعيدة • مثلا : فاذا ابل الشاهد الاصيل من مرضه او حضر [illegible] من غيبته لا تجوز الشهادة على الشهادة كذلك يحق للمستأجر فسخ الايجار اذا حصل عيب [illegible] ولكن اذا كان المؤجر قبل فسخ الايجار ازال ذلك العيب فلا يبقى محل لفسخ الايجار كذا [illegible] شخصاً استأجر داراً من آخر والمؤجر ابقى امتعته في احدى الغرف ولم يسلم تلك الغرفة فالمستأجر [illegible] مخير في فسخ الاجارة او الدوام عليها فاذا اخلى المؤجر [illegible] ان يفسخ المستأجر الاجارة فلا يحق له حينئذ فسخها لان العذر الذي كان يحق [illegible] فسخ الاجارة استناداً عليه قد زال

﴿ المادة ٢٤ ﴾ اذا زال المانع عاد الممنوع

يعني اذا كان شيء جائزاً ومشروعاً ثم امتنع حكم مشروعيته بمانع عارض فاذا زال ذلك المانع يعود حكم مشروعيته • مثال : اذا اشترى شخص شيئاً و بعد حصول عيب حادث في ذلك الشيء اطلع على عيب قديم فيه فحينئذ لا يجوز للمشتري رد المبيع بل له الرجوع على البائع بنقصان الثمن اي فرق الثمن فقط • فاذا زال ذلك العيب الحادث المانع من رد المبيع فللمشتري بعد ان يعيد للبائع نقصان الثمن رد المبيع بالعيب القديم • كذلك اذا شهد صبي او اعمى بقضية وردت شهادته بسبب الصغر والعمى فبعد بلوغ الشاهد او زوال العمى تقبل شهادته لان المانع من قبول الشهادة كان العمى وصغر السن • كذلك اذا اشترى شخص فرساً من آخر بخيار الرؤية • و بعد قبض المبيع ولدت عنده فليس للمشتري رد المبيع بخيار الرؤية • اما اذا مات المهر المولود فيكون قد زال المانع فيعود للمشتري حق الخيار • كذلك المشتري اذا غرس اشجاراً في الارض المشتراة او انشأ فيها بناء فلا يحق للبائع طلب فسخ البيع بدعوى وجود فساد في العقد لان ذلك موجب لضرر المشتري • اذ انه يقتضي ان يقلع اشجاره او يهدم بناءه • اما اذا خلعت الاشجار او هدم البناء بآفة او من المشتري نفسه يحق للبائع ان يدعي بفساد البيع و يطلب فسخ العقد لزوال المانع • كذلك بيع المكره لا يكون نافذاً والسبب في ذلك المحافظة على مال المكره اذ لا يجوز اخراجه من حوزة صاحبه الا برضاء منه اما اذا اجازه المكره برضائه بعد زوال الاكراه يصبح البيع نافذاً • كذلك التناقض مانع من سماع الدعوى فاذا تناقض شخص في دعواه لا تسمع منه الدعوى الثانية الا انه بتصديق الخصم او تكذيب الحاكم يزول التناقض وتصبح الدعوى الثانية مسموعة لزوال المانع

﴿ المادة ٢٥ ﴾ الضرر لا يزال بمثله

ولا باكثر منه بالاولى اذاً يشترط بان يزال الضرر بلا اضرار بالغير ان امكن والا فبأخف منه •

مثال : لو ان شخصاً فتح حانوتا في سوق وجلب اكثر المشترين لجانبه بصورة اوجبت الكساد على باقي التجار فلا يحق للتجار ان يطالبوا بمنع ذلك التاجر عن المتاجرة بداعي انه يضر بمكاسبهم لان منع ذلك التاجر عن التجارة هو ضرر بقدر الضرر الحاصل للتجار الآخرين · كذلك الشركة بالاموال هي ضرر ولذلك قد جوزت القسمة بين الشركاء ازالة للضرر والحاكم عند الايجاب يحكم بالمقاسمة بين الشركاء جبراً · اما اذا كان المال المشترك طاحونا وطلب احد الشركاء تقسيمه فلان تقسيم الطاحون يوجب ضرر الشركاء الآخرين الذين يرفضون المقاسمة فالحاكم لا يجبر الشركاء على المقاسمة حيث يكون قد ازال الضرر بمثله او باكثر منه · كذلك يجوز لمن تحقق الهلاك جوعاً ان يأخذ من غيره ما يدفع به الهلاك عن نفسه غصباً · لكن لو كان صاحب المال محتاجاً اليه كاحتياجه له و باخذه منه يصبح معرضاً للهلاك ايضاً لا يحق له ان يأخذه منه اذ انه بدفع ضرره يجلب ضرراً لغيره مساوياً لضرره · كذلك اذا ظهر في المبيع عيب عند المشتري لا يحق له رد المبيع لوجود عيب قديم فيه الا انه يحق للمشتري ان يرجع على البائع بنقصان الثمن اي بالفرق بين قيمة المبيع معيباً وقيمته سالما

المادة ٢٦ يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام

بما ان الضرر الخاص لا يكون مثل الضرر العام بل دونه فيدفع الضرر العام به فمنع الطبيب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس من مزاولة صناعتهم ضرر لهم الا انه خاص بهم ولكن لو تركوا وشأنهم يحصل من مزاولتهم صناعتهم ضرر عام كاهلاك كثير من الناس بجهل الطبيب ، وتضليل العباد مع تشويش كثير في الدين بمجون المفتي ، وغش الناس من المكاري وكذلك جواز هدم البيت الذي يكون امام الحريق منعاً لسراية النار · كذلك اذا كانت ابنية آيلة للسقوط والانهدام يجبر صاحبها على هدمها خوفاً من وقوعها على المارة · كما انه يجوز تحديد اسعار المأكولات عند طمع التجار في زيادة الارباح زيادة تضر بمصالح العامة وكذلك يمنع اخراج بعض الذخائر والغلال من بلدة لاخرى اذا كان في اخراجها ارتفاع الاسعار في البلدة · وكذلك يمنع الطباخ من فتح دكانه في سوق التجار خوفاً من لحوق التلف ببضائع التجار من دخان مطعمه

المادة ٢٧ الضرر الاشد يزال بالضرر الاخف

يعني ان الضرر تجوز ازالته بضرر يكون اخف منه ولا يجوز ان يزال بمثله او باشد منه حسب ما وضحنا بالمواد السابقة · مثال : اذا احدث المشتري في العقار المشفوع ابنية فلو اجبر المشتري والحالة هذه على قلعها وتسليم العقار المشفوع للشفيع يتضرر المشتري كما انه اذا اجبر الشفيع على اخذ المشفوع مع دفع قيمة البناء الذي احدثه المشتري يتضرر ايضاً باجباره على دفع نقود ثمناً للبناء المحدث زيادة عن قيمة المشفوع إلا ان هذا الضرر اخف من ضرر المشتري فيما لو اجبرناه على قلع البناء اذ يضيع ما انفقه على البناء بلا مقابل بخلاف الشفيع فانه يأخذ مقابل الثمن الذي يدفعه البناء او الشجر · اذاً فضرر الشفيع اخف من ضرر المشتري فيختار و يكلف ذلك الشفيع باخذ الابنية ودفع القيمة للمشتري · كذلك اذا ادخل فرس « تساوي قيمته ثلاثين جنيهاً » رأسه في اناء شخص تساوي قيمته ثلاث

جنيهات مثلا ولا يمكن اخراج رأس الفرس من الاناء الا بكسره تخوفاً من موت الفرس بدفع صاحبه قيمة الاناء لصاحبه و يكسره لان ذلك اخف ضرراً من موت الفرس كما لا يخفى · كذلك لو كان لشخص (ريشة) قلم تساوي جنيهين وسقطت في دواة لشخص آخر تساوي عشرة قروش وكان غير ممكن اخراج الريشة بدون كسر الدواة فدفعاً للضرر الاشد يكلف صاحب الريشة ان يدفع العشرة القروش ليكسر الدواة و يستخرج ريشته · كذلك لو ان دجاجة اختطفت لؤلؤة لاحد الناس تساوي مبلغاً فدفعاً للضرر الاشد يدفع صاحب اللؤلؤة قيمة الدجاجة ليذبحها و يستخلص لؤلؤته

❋ المادة ٢٨ ❋ اذا تعارض مفسدتان روعي اعظمهما ضرراً بارتكاب اخفهما

لان الضرورات تبيح المحظورات كما وضحنا في المادة ٢١ فاذا وجد محظورات وكان من الواجب او من الضروري ارتكاب احد الضررين فيلزم ارتكاب اخفهما واهونهما اما اذا كانا متساويين فيرتكب احدهما لاعلى التعيين كما لو ركب رجل في سفينة فاحترقت تلك السفينة فهو مخير بين ان يبقى في السفينة وبين ان يلقي بنفسه الى البحر لتساوي المحظورين على انه لا يعد في كلا الحالين منتحراً ولا يكون آثماً

❋ المادة ٢٩ ❋ يختار اهون الشرين

هذه المادة مأخوذة من قاعدة (ان من ابتلي ببليتين يأخذ بايتهما شاء فان اختلفتا يختار اهونهما لان مباشرة الحرام لا تجوز الا للضرورة ولا ضرورة في ارتكاب الزيادة) وحيث ان هذه المادة عين المادة ٢٨ فلا حاجة لشرحها ·

❋ المادة ٣٠ ❋ درء المفاسد اولى من جلب المنافع

اي اذا تعارضت مفسدة ومصلحة يقدم دفع المفسدة على جلب المصلحة فاذا اراد شخص مباشرة عمل ينتج منفعة له ولكنه من الجهة الاخرى يستلزم ضرراً مساويا لتلك المنفعة او اكبر منها يلحق بالآخرين فيجب ان يقلع عن اجراء ذلك العمل درءاً للمفسدة المقدم دفعها على جلب المنفعة · لان الشرع اعتنى بالمنهيات اكثر من اعتنائه بالمأمور بها · مثال: يمنع المالك من التصرف في ملكه فيما اذا كان تصرفه يورث الجار ضرراً فاحشاً او كما سيجيء في المادة ١٩٢، ٢٠٧، ١٢٠٨ الا ان المنفعة اذا كانت فائدتها ازيد بكثير مما يترتب على المفسدة من الاضرار فتقدم المنفعة ولا ينظر الى المفسدة القليلة مثال : ان التكلم بالكذب مفسدة ولكن اذا اريد به اصلاح ذات البين يجوز على قدر الحاجة اليه · كذلك لو اراد متغلب ظالم اخذ الوديعة من المستودع غصباً عنه فللمستودع ان يكذب و ينكر وجود وديعة عنده محافظة عليها

❋ المادة ٣١ ❋ الضرر يدفع بقدر الامكان

يعني لو دخل عليك سارق مثلا فادفعه عنك بقدر امكانك فاذا كان ممن يندفع بالعصا فلا تدفعه

بالسيف كذا اذا اغتصب شخص مال آخر واستهلكه فلان ارجاع المال المغصوب المستهلك بعينه غير ممكن يضمن الغاصب مثل ذلك المال اذا كان من المثليات وقيمته ان كان من القيميات · كذلك اذا حصل عيب حادث في المبيع عند المشتري ثم ظهر عيب له قديم فلان العيب الحادث مانع للمشتري من ان يرد المبيع بالعيب القديم فيزال الضرر بقدر الامكان وذلك بان يرجع المشتري على البائع بنقصان الثمن

المادة ٣٢ الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة او خاصة

ومن هذا القبيل تجويز البيع بالوفاء لانه لما كثرت الديون على اهل بخارى مست الحاجة الى ذلك وصار مرعياً · هذه المادة مأخوذة من الاشباه والنظائر

و يفهم منها ان بيع الوفاء كان ممنوعاً وقد جوز بناء على الضرورة لان استفادة المقرض زيادة عن بدل القرض ربا وممنوع شرعاً و بيع الوفاء من هذا القبيل غير جائز اصلا ولكن حسب ما هو مذكور في هذه القاعدة قد اجتهدت الفقهاء بناء على احتياج اهالي بخارى في ذلك الزمن تجويزه

ان تجويز بيع السلم و بيع الاستصناع مستند على هذه القاعدة ايضاً لان بيع السلم هو بيع معدوم وقياساً يجب ان يكون بيعاً باطلا ولكن قد جوز بيع السلم و بيع الاستصناع للاحتياج والضرورة العمومية لانه لا يخفى ان اكثر الفلاحين في غالب السنين يصبحون باحتياج شديد للنقود قبل ادراك محصولهم ندفعاً لاحتياجهم هذا قد جوز بيع السلم وكذلك جوزت ايضاً اجازة الاغتسال في الحمام مع انها قياساً غير جائزة لان المنفعة فيها مجهولة وغير معينة لانه لا يمكن تعيين المدة التي يقضيها المغتسل في الحمام ومقدار الماء الذي يصرفه الا انه للضرورة العمومية قد جوزت و كذلك وجود خيار التعيين بالمبيع يجعل المبيع مجهولا ولكن قد جوز هذا المبيع بناء على الاحتياج اليه لان بعض الناس لا يمكنه ان يشتري شيئاً بدون سؤال واستشارة العارفين

المادة ٣٣ الاضطرار لا يبطل حق الغير

معنى الاضطرار هنا الاجبار على فعل الممنوع والاضطرار على قسمين احدهما ينشأ عن سبب داخلي و يقال له (سماوي) كالجوع مثلا · اما القسم الثاني هو الاضطرار الناشئ عن سبب خارجي و يقال له (اضطراري غير سماوي) وهو نوعان الاكراه الملجئ والاكراه غير الملجئ

والذي يفهم من هذه القاعدة انه لو اصاب انسان مال الغير بناء على الاضطرار الذي يجوز له التصرف بمال الغير فلا تكون الاصابة الناشئة عن الاضطرار سبباً لان يكون المتلف غير ضامن بل يجب على المستهلك او المتلف ان يضمن قيمة المال المتلف · مثال ذلك : لو ان شخصاً جاع جوعاً شديداً واصبح عرضة للتلف اي للموت فله الحق وفقاً للمادة ٢١ بان يأخذ من طعام الغير ما يدفع به جوعه بدون اذن صاحب المال الا انه يجب عليه من الجهة الاخرى ان يضمن قيمة المال المتلف اذا كان من القيميات ومثله اذا كان من المثليات ولا يكون الاضطرار على استهلاك ذلك المال سبباً للتخلص من دفع قيمته والحاصل ان الاضطرار وان اباح للمضطر تناول واتلاف مال الغير دون ان يترتب عليه

عناب لا يكون ... خلاص من الضمان

وكذا لو هجم جمل صائل على شخص واصبحت حياته مهددة فله اتلاف الجمل تخليصاً لحياته من يد الهلاك الا انه يجب عليه ان يدفع قيمة الجمل لصاحبه وهنا اذا اعترض بقاعدة ان الضرورات ما دامت تبيح المحظورات فيجب عدم الضمان . فرداً على ذلك نقول القصد من الاباحة هذه انما هو تجويز اتلاف المال بدون رضا صاحبه وان لا يعد الفاعل غاصباً الا انه من الجهة الاخرى يجب الضمان لان الاباحة لا تكون سبباً لضياع الحقوق على ذويها . وكذلك اذا استأجر شخص قاربا ساعة من الزمن وبعد ان وصل الى عرض البحر انقضت مدة الاجارة فمقتضى القاعدة انه يجب على الراكب ان يبارح القارب في الحال الا اذا رضي المؤجر ان يؤجره ثانية ولكن بما انه يوجد هنا اضطرار فصاحب السفينة مجبر على ان يبقي المستأجر في القارب حتى يخرج به الى البر ولكن هذا الاجبار لا يمنع المؤجر من ان يطالب المستأجر بدفع اجرة المثل عن المدة الزائدة وفقاً للمادة (١٠٠٧) الناصة على ان الضمان في الاكراه الملجيء على المجبر وفي غير الملجيء على المكره ووجود الاكراه على اتلاف المال لا يضيع حق صاحب المال في تضمين قيمة ماله المتلف

المادة ٣٤ ما حرم اخذه حرم أعطاؤه

يعني ان اعطاء الحرام واخذه سواء في الحرمة، كما ان المكروه اخذه واعطاؤه مكروه فالرشوة مثلا كما حرم اخذها حرم اعطاؤها من الراشي حتى لو دفع الوصي في دعوة القاصر رشوة للحاكم من مال القاصر يضمن وكذلك اخذ الدجال الذي يفتح البخت والاشخاص المشعوذين دراهم من الناس ممنوع وحرام كما ان أعطاء الناس لهم ممنوع وحرام ايضاً وكذا النائحة اخذها واعطاؤها الاجرة حرام وممنوع

« مستثنيات هذه القاعدة »

ان لهذه القاعدة مستثنيات وهي : لو اغتصب غاصب مال قاصر فيحق للوصي ان يعطي الغاصب قسما من المال المغصوب كي يسترده فهنا اخذ الغاصب ذلك المال حرام وممنوع الا ان اعطاءه من الوصي لاسترداد المال جائز

المادة ٣٥ ما حرم فعله حرم طلبه . كالسرقة لا تطلب من احد يسرق

يعني ان كل شيء يكون اجراؤه حراما فطلب ايقاعه حرام ايضا . وهذه المادة تقرب من المادة ٣٤ التي سبق شرحها . مثال ذلك : ان اخذ الرشوة والشهادة الكاذبة وظلم الناس او سرقة مال الناس من الافعال الممنوعة فطلب اجراء ذلك من شخص آخر كأن يقال له ادفع رشوة او اشهد بكذا زورا او ان يغري بالظلم او ارتكاب السرقة حرام وممنوع ايضاً الا ان تحليف اليمين مستثنى من هذه القاعدة وتفصيل ذلك ان حلف اليمين كذبا حرام لكن تحليف ذلك الشخص المستعد لحلف اليمين الكاذب ليس بحرام لانه اذا لم يجوز تحليف اليمين للشخص المنكر تضيع الفائدة المترتبة عليه وهي رجاء النكول الذي بسببه يتبين حق المدعي

الفهرس

٠٤٧٢٥٨٧٨٧٣
عادل عبدالباسط أبوحشيش